TESIS DOCTORAL

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA IGUALDAD DE
TRATAMIENTO JURIDICO EN EL EMPLEO PUBLICO
(UN ESTUDIO DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS
DERIVADOS DE LA DUALIDAD DE REGIMENES
NORMATIVOS APLICABLES AL PERSONAL AL
SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS).

MANUEL MAIRAL JIMENEZ

DIRIGIDA POR EL PROFESOR DR. D. FEDERICO ROMERO HERNANDEZ.

UNIVERSIDAD DE GRANADA

ACTA DEL GRADO DE DOCTOR EN

Curso de 1988 a 1989

Folio 9

Número 210

Reunido en el día de la fecha el Tribunal nombrado para el Grado de Doctor de D. Manuel NAIRA JIMENEZ, el aspirante leyó un discurso sobre el siguiente tema, que libremente había elegido: "El Derecho Constitucional a la igualdad de tratamiento jurídico en el empleo público"

Terminada la lectura y contestadas las objeciones formuladas por los Jueces del Tribunal, éste le calificó de APTO CON LAJDE POR UNANIMIDAD.

Granada 30 de Septiembre de 1989

EL PRESIDENTE,

[Signature]

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL,

[Signature]

EL VOCAL,

[Signature]

EL VOCAL,

[Signature]

EL VOCAL,

[Signature]

FIRMA DEL GRADUANDO,

[Signature]

INVESTIDURA ...

En el día de la fecha se ha conferido a D. ... el Grado de Doctor en la Facultad de ... conforme a lo prevenido en las disposiciones vigentes.

Granada de de 19

EL DECANO,

CERTIFICO: Que el Acta que antecede concuerda con la del expediente del interesado remitida a la Secretaría de la Universidad.

Granada de de 19

El Catedrático Secretario,

V. B. EL DECANO,

CAPITULO PRIMERO.

-RELACION JURIDICA ADMINISTRATIVA Y
RELACION JURIDICA LABORAL: DOS RELACIONES
JURIDICAS DIFERENTES, PERO DE IDENTICO
CONTENIDO, PARA REGULAR EL EMPLEO
PUBLICO.

1.- Consideraciones generales.

2.- Aproximación entre ambas relaciones jurídicas.

2.1.- En el derecho positivo.

2.1.1.- Constitución de 1978.

2.1.2.- Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública.

2.1.3.- Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical.

2.1.4.- Otras normas de las Administraciones Públicas específicamente tendentes a la equiparación.

2.1.4.1.- De la Administración Central.

2.1.4.2.- De la Administración Autónoma de Andalucía.

2.2.- En la jurisprudencia.

2.3.- En la doctrina científica.

2.3.1.-En la doctrina extranjera.

2.3.2.-En la doctrina española.

2.3.2.1.-Doctrina iuslaboralista.

2.3.2.2.-Doctrina administrativista.

3.- Naturaleza jurídica de la relación jurídica de empleo público administrativa-funcionarial.

3.1.- Teoría unilateralista o estatutaria.

3.2.- Teoría contractualista.

3.3.- La naturaleza jurídica de la relación jurídica de empleo público administrativa-funcionarial en la Constitución de 1.978.

3.3.1.-Principios constitucionales.

3.3.2.- Análisis sistemático.

3.4.- Conclusiones.

3.4.1.- Doctrinales.

3.4.2.- Constitucionales.

1.- Reflexión final: Dos relaciones jurídicas formalmente diferentes, pero no desiguales.

1.- Consideraciones generales.

Como ha señalado la O.I.T., actualmente, en muchos países, el Estado es, con mucho, el principal empleador, figurando entre sus empleados personal perteneciente a muy variadas categorías profesionales (1).

En efecto, el paso de un Estado liberal, que llevó a cabo el robustecimiento de las estructuras administrativas para el ejercicio del poder, a un Estado prestador de servicios al conjunto de la población, para desembocar en el Estado programador de toda la economía, de forma directa o indirecta, (2), en el Estado intervencionista, que no sólo gestiona los servicios tradicionales de los ciudadanos, sino que incrementa su acción pública, y al que corresponde anticiparse a los acontecimientos, prever, mediante métodos científicos, las necesidades públicas del porvenir y los recursos precisos para satisfacerlas (3), ha generado un incremento extraordinario, hasta llegar a la masificación, de las personas que trabajan en las Administraciones Públicas, que son las organizaciones

públicas que constituyen el instrumento concreto y real del que se sirve el Estado -que de por sí carece de realidad en la vida práctica a no ser como una idea superior y abstracta (4)-, para cumplir todos estos fines (5).

Esta gran cantidad de personas que trabajan en las distintas Administraciones Públicas se encuentran ligadas a las mismas por muy diversos vínculos jurídicos. A título meramente indicativo podemos diferenciar los siguientes grupos: personal político, funcionarios profesionales, personal que presta servicios específicos y de carácter extraordinario o de urgencia, personas que están obligadas a la realización de una prestación personal a las Administraciones Públicas, colaboradores de estas Administraciones, personal contratado laboral, contratista de obras públicas, etc. (6).

Pero de todos estos colectivos de personas vinculadas a las Administraciones Públicas existen, fundamentalmente, dos que trabajan, con carácter profesional, en las mismas y que constituyen lo que la doctrina denomina empleo público o, también, Función Pública (7): los vinculados mediante una relación jurídica administrativa-funcionarial y los que se encuentran ligados mediante una relación jurídica

laboral.

Precisamente, esta transformación del Estado liberal en el Estado intervencionista, a la que nos referíamos antes, ha ocasionado que el esquema ministerial tradicional resulte insuficiente (8), lo que ha dado lugar a una diversificación de las formas de gestionar la "res publica" que permita a este Estado prestar ese mayor volumen de servicios públicos y cumplir todos esos compromisos con los que se ha ampliado la acción pública de gobierno, y, así, entre otras modalidades de gestión de los servicios públicos (9), han proliferado nuevas organizaciones, jurídicamente independientes de las Administraciones Públicas, esto es, con personalidad jurídica propia, pero que, sin embargo, carecen de una realidad distinta y de unos intereses distintos de los de aquellas y son, en definitiva, una parte de la Administración del Estado (10): los Organismos Autónomos y las Empresas públicas (11).

Los Organismos Autónomos son, jurídicamente, organismos públicos, es decir, se rigen por el derecho público y, por lo tanto, se entiende que forman parte del Estado, mientras que las empresas públicas son organizaciones que, jurídicamente, adoptan la forma de sociedades mercantiles, normalmente sociedades anónimas,

es decir, son sujetos formalmente privados, aunque con una fuerte presencia del Estado o sus Organismos Autónomos, que son propietarios, en todo o en parte, del capital social (12).

Consecuentemente, en materia de personal, los Organismos Autónomos siguen los mismos criterios que las Administraciones Públicas y utilizan indistintamente funcionarios públicos y personal laboral, mientras que las empresas públicas siguen en esta materia las mismas pautas jurídico-positivas de las empresas privadas y utilizan exclusivamente personal con régimen jurídico laboral.

No vamos a estudiar aquí toda la problemática jurídica que plantean estos sistemas de gestión de los servicios públicos -no es éste el objetivo del presente trabajo-, pero hemos querido traerlo a colación porque esta situación evidencia perfectamente lo anacrónico y obsoleto de la persistencia en nuestro ordenamiento jurídico de la dualidad de regímenes jurídicos para regular el trabajo humano que se desarrolla en el sector público, pues al ser, en última instancia, la Administración Pública el mismo empleador de todos estos trabajadores, tiene que aplicar un régimen jurídico-positivo diferente según que la parcela de la

misma en la que se desarrolla el trabajo sea una empresa pública, o, bien, directamente la propia Administración Pública o sus Organismos Autónomos, en cuyo caso, incluso, coexisten paralelamente dos regímenes jurídico-positivos -el funcionarial y el laboral- para regular el mismo trabajo humano, sin que pueda darse permeabilidad o intercambiabilidad entre estos trabajadores del mismo empleador, dado que se rigen por normativas jurídico-positivas distintas.

En realidad, la relación jurídica funcionarial y la relación jurídica laboral son dos clases de relaciones jurídicas aparentemente distintas, pero que, en lo esencial, no presentan diferencias relevantes (13), pues, como recientemente ha señalado ALONSO OLEA, si una por una se fueran tomando las características que legalmente perfilan el contrato de trabajo, según el artículo 19.1 del Estatuto de los Trabajadores, se vería que convienen tanto a la relación funcionarial como a la relación laboral (14).

Estatutaria la una, contractual la otra, de acuerdo con nuestro vigente ordenamiento jurídico-positivo, pero las dos tienen la misma finalidad, cual es la regulación de las condiciones de trabajo del personal al servicio de las Administraciones

Públicas. Cada una regula una parcela de trabajo humano, pero este trabajo humano es el mismo objeto de las dos relaciones jurídicas. Trabajo humano que, por otra parte, es realizado para el mismo empleador, una Administración Pública, que, asimismo, es, a su vez, uno de los dos sujetos de ambas relaciones jurídicas.

Estamos, pues, ante un mismo hecho -un trabajo humano realizado para una Administración Pública- que origina dos relaciones jurídicas distintas -una estatutaria y otra contractual- que, sin embargo, tienen los mismos sujetos y el mismo objeto. De ahí la artificiosidad de esta distinción, pues lo único que diferencia, en definitiva, una relación de otra es la exclusiva voluntad de las Administraciones Públicas de utilizar una u otra, en función de criterios generalmente extrajurídicos (15), que la mayoría de las veces irán unidos a coyunturas de naturaleza eminentemente política (16).

Así pues, de hecho, este vínculo jurídico, público o privado, administrativo o laboral, viene normalmente impuesto al trabajador de las Administraciones Públicas por la propia Administración, de forma unilateral, pues es el Organismo público correspondiente el que en cada momento, y de acuerdo con

sus intereses concretos, decide la fórmula jurídica que más le conviene para reclutar personal.

En definitiva, como ha afirmado el Consejo de Estado, "el régimen administrativo y el laboral son técnicas de organización que pueden ser utilizadas indistintamente por la Administración Pública en la configuración de la relación jurídica con grupos y categorías de personal a su servicio" (17), lo que, en la práctica, supone atribuir a las Administraciones Públicas una potestad discrecional que, fácilmente, puede derivar en la arbitrariedad, y ello en una materia tan importante como ésta, en la que debieran existir criterios reglados objetivos, claros y determinantes, en aras de la seguridad jurídica del personal al servicio de las Administraciones Públicas y, más aún, cuando no existe, como hemos visto, un fundamento fáctico objetivo que justifique un tratamiento jurídico diferenciado.

Si resulta a veces difícil de entender por qué dos personas que realizan tareas absolutamente idénticas se tienen que regir por sistemas jurídicos distintos por el solo hecho de que el titular de la empresa sea una persona pública o privada (18), mucho más difícil aún es comprender por qué dos personas que realizan tareas absolutamente idénticas y para el mismo empleador, a

veces en despachos contiguos, o, incluso, en el mismo, se rigen por sistemas jurídicos distintos, lo que se traduce en que dos trabajadores de idéntica categoría profesional, que realizan exactamente el mismo trabajo y para el mismo empleador, tienen condiciones de trabajo diferentes, con la quiebra evidente, como veremos más adelante, del principio de igualdad, principio éste que impide una desigualdad de tratamiento de situaciones jurídicas, en sustancia, iguales (19).

No se trata, por lo demás, de mantener un uniformismo o igualitarismo a ultranza, pues ello nos llevaría, obviamente, a "sensu contrario", a situaciones de desigualdad manifiesta y, en consecuencia, injustas, sino que lo que propugnamos es que se dé un tratamiento jurídico igual a trabajadores sustancialmente iguales, si bien, lógicamente, respetando la especificidad propia, derivada de las peculiaridades que tienen en función de la clase concreta de trabajo que desarrollan, lo mismo que ocurre con otros grupos distintos de trabajadores (20), cada uno de los cuales tiene sus propias características, lo que no es óbice para que a todos se les aplique el mismo régimen jurídico básico, esto es, la normativa laboral general que regula las condiciones mínimas de trabajo para toda clase de relación laboral, con independencia de que, partiendo de estos mínimos

legales, se regulen las condiciones laborales peculiares de cada grupo, generalmente a través de los respectivos convenios colectivos.

Existe, ciertamente, la misma diferencia entre la relación de servicio de un trabajador del sector textil y otro del agrario, de la banca, de la enseñanza o minero, con sus respectivos empleadores, que la que pueda existir entre la relación de servicio de cualquiera de estos trabajadores con sus empleadores y la de un funcionario con una Administración Pública.

Las relaciones de servicio en el empleo público y en el privado son iguales (21). Y, más aún, son absolutamente idénticas las relaciones de servicio de dos trabajadores de una Administración Pública, de igual categoría profesional, uno de los cuales es funcionario y el otro es personal con vínculo jurídico-laboral, y sin embargo, al regularse sus respectivas condiciones de trabajo con la Administración Pública por dos regímenes jurídicos fundamentalmente diferentes (22), -estatutario en un caso, contrato laboral en el otro-, los efectos jurídicos que de los mismos se derivan son asimismo distintos, con las graves consecuencias discriminatorias que en la práctica ello conlleva.

2.- Aproximación entre ambas relaciones jurídicas.

En la actualidad se observa que, afortunadamente, existe una tendencia equiparadora (23) entre los regímenes jurídicos de los trabajadores públicos y los privados, en general, y los de los propios trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas, con distintos regímenes jurídicos, en particular, e, incluso, en cierto sentido, se tiende hacia la unidad de la normativa que regula las condiciones laborales de todos los trabajadores, con independencia de que sean públicos o privados, o de que el otro sujeto de la relación jurídica sea la Administración Pública o cualquier empleador privado, aunque respetando las peculiaridades específicas de cada relación concreta, siendo esta equiparación casi unánimemente aceptada de forma pacífica en el ámbito de los derechos colectivos (24).

A continuación vamos a analizar estas tendencias señaladas desde la triple perspectiva legal, jurisprudencial y doctrinal.

2.1.- En el derecho positivo.

La exégesis de la norma es un método de gran utilidad para conocer el grado de adecuación de la misma a la realidad social que regula. Por ello vamos a analizar el derecho positivo para ver hasta qué punto nuestro ordenamiento jurídico es receptivo de estas tendencias que hemos señalado y que, como veremos más adelante, la doctrina científica ha puesto de manifiesto.

Es a partir de la Constitución de 1978 cuando se observa en nuestro derecho positivo este proceso de ósmosis entre relación jurídica de trabajo público y relación jurídica de trabajo privado, de ahí que comencemos el análisis de nuestra normativa vigente sobre estas materias por la propia Ley Fundamental.

También vamos a analizar brevemente la normativa que la Junta de Andalucía ha dictado en materia de empleo público, porque, además de afectarnos directamente por criterios estrictamente geográficos, a partir de la Constitución de 1978, que configura el Estado español como el Estado de las Autonomías, es una realidad incuestionable que hay que tener en cuenta en toda investigación seria.

2.1.1.- Constitución de 1978.

Sin perjuicio de un estudio mas detenido de los derechos colectivos de los funcionarios públicos en un próximo capítulo, queremos hacer constar en éste el paso tan importante que supone el reconocimiento de estos derechos a los funcionarios públicos en la Constitución de 1978, en orden a la equiparación de este colectivo de trabajadores de las Administraciones Públicas con los del sector privado.

En efecto, el artículo 28, al establecer que "todos tienen derecho a sindicarse libremente", se está pronunciando claramente por el reconocimiento de los derechos sindicales a los funcionarios públicos, como se observa al disponer a continuación que "la ley... regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos", (25). Sin embargo, esta afirmación, hoy tan obvia e incuestionada, y avalada, además, por el desarrollo legislativo del propio artículo 28, mediante la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical, que analizaremos después, fue, en su día, objeto de polémica por parte de la doctrina, debido a la ambigüedad de redacción del precepto, si bien la mayoría coincidía en considerar incluidos a los funcionarios públicos en el término "todos" (26).

Como consecuencia lógica de este reconocimiento del derecho a sindicarse, se está reconociendo también a los funcionarios públicos el derecho de huelga recogido en el párrafo segundo de dicho precepto constitucional (27), así como el de negociación colectiva garantizado en el artículo 37.1 de la Constitución (28), pues ambos derechos están concatenados con el de sindicación y constituyen parte del contenido esencial del mismo (29), ya que, por un lado, este derecho perdería buena parte de su efectividad si no va acompañado del derecho de utilizar el instrumento de autodefensa que es la huelga (30), y, por otro lado, no cabe un derecho de sindicación si no hay algún sistema de negociación o ejercicio de autonomía colectiva (31), existiendo, además, una fuerte interconexión entre los derechos de huelga y de negociación colectiva (32).

Es, pues, claro que los derechos colectivos están garantizados para los funcionarios públicos por la Constitución, con lo que quedan equiparados plenamente a los restantes trabajadores del sector privado en uno de los aspectos básicos del actual sistema de relaciones laborales, cual es el ejercicio de los derechos colectivos que, como trabajadores que son, les corresponden.

No obstante lo anterior, subsisten diferencias importantes entre ambos colectivos en la relación jurídica individual de trabajo, que la Constitución no afronta directamente, como ocurre con los derechos colectivos, y de una lectura superficial de la misma podría, incluso, obtenerse la conclusión de que parece querer mantener esas diferencias, al remitir a dos estatutos, aparentemente distintos, la regulación de las relaciones jurídico-laborales individuales del sector público y del sector privado (artículos 103 y 35, respectivamente).

Pero si analizamos más detenidamente el texto constitucional observamos que de ningún precepto del mismo se desprende que el contenido de los dos estatutos, en lo referente a la relación jurídico-individual de trabajo de ambos colectivos, tenga que ser diferente, sino que, más bien, los principios básicos que inspiran la Constitución y un estudio sistemático de la misma nos llevarían a una conclusión absolutamente distinta, sobre todo teniendo en cuenta que uno de esos principios básicos aparece plasmado de forma categórica e imperativa en el propio articulado de la Norma Fundamental, cual es el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 14, y que prohíbe cualquier clase de

discriminación. De ahí que concluyamos que no deben subsistir las actuales diferencias de tratamiento jurídico que se dan entre ambas relaciones jurídicas de trabajo.

Entendemos, pues, que la Constitución obliga a eliminar esas diferencias, obliga, en definitiva, como mínimo, a equiparar legalmente el contenido de los dos estatutos que regulen ambas relaciones jurídicas de trabajo, pública y privada, y no prohíbe que dichas relaciones jurídicas puedan regularse en el estatuto de los trabajadores que prevé el artículo 35, quedando para el estatuto que determina el artículo 103 la regulación de aquellos aspectos básicos que constituyen la relación orgánica del funcionario público. Depende, pues, del desarrollo legislativo que se haga del mandato contenido en los artículos 35 y 103 de la Constitución el que esta equiparación legal se lleve cabo de forma unitaria o separadamente, pero lo cierto es que la equiparación legal de las condiciones mínimas de trabajo de ambos colectivos es consecuencia del propio mandato constitucional que prohíbe cualquier clase de discriminación.

2.1.2.- Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública.

Esta Ley supone el primer paso importante, aunque no completo ni definitivo, desde la vigencia de la Constitución de 1978, en el proceso equiparador entre el funcionario público y el personal laboral que trabaja en las Administraciones Públicas.

En efecto, a diferencia de la norma básica en materia de funcionarios públicos, anterior a la Constitución, aunque vigente aún en lo no derogado o modificado por ésta que estamos analizando, que regulaba prácticamente en exclusividad el régimen jurídico de los funcionarios públicos, refiriéndose una sola vez al personal laboral (33), de pasada y como algo excepcional, y, en todo caso, como personal de segunda categoría, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, incluye al personal laboral dentro de su ámbito de aplicación, considerándolo como personal normal al servicio de las Administraciones Públicas, igual, en este sentido, que el funcionario público, y poniéndolo a su mismo nivel en el orden jurídico, y, aún manteniendo la dualidad de regímenes jurídicos y, en consecuencia, la existencia de diferencias jurídicas entre ambos, que necesariamente implican desigualdad, otorga, no obstante, un tratamiento

jurídico paralelo, e, incluso, unitario, en ciertos aspectos sustanciales, que no en todos, de ambas relaciones jurídicas.

Así, observamos un tratamiento jurídico paralelo en los apartados b) y c) del párrafo 2 del artículo 39, en materia tan importante como es la negociación colectiva -el apartado b) referido a los funcionarios públicos y el c) al personal laboral-. Otro tanto ocurre con los artículos 27 y 28, que se refieren a la racionalización de la estructura de los cuerpos y escalas de funcionarios, el primero, y a la racionalización de de las plantillas de personal laboral, el segundo, rigiendo en ambos casos los mismos criterios, como expresamente establece el artículo 28 (34).

En otros aspectos el tratamiento jurídico está unificado, al referirse en el mismo precepto a funcionarios y al personal laboral. Esto ocurre con el artículo 3.2.g), en relación con el artículo 18, que regulan la oferta de empleo público, refiriéndose tanto a las plazas vacantes de funcionarios públicos como a las de personal laboral, que serán ofertadas cada año. El artículo 13.1 establece la existencia de un Registro General de personal en el que se inscribirá a todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas,

tanto funcionario como laboral. El artículo 14 determina las dotaciones presupuestarias de las plantillas de todo el personal de las Administraciones Públicas, funcionario y laboral. Los artículos 15 y 16 se refieren a las relaciones de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas, del Estado, y de las Comunidades Autónomas y de la Administración Local, respectivamente, tanto de los que corresponden a funcionarios, como de los que son de personal laboral. El artículo 19 regula la selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas, ya sea funcionario, ya laboral. Las disposiciones adicionales primera, dos y decimosexta cuatro, y la disposición transitoria sexta, uno, se refieren, indistintamente, a personal funcionario o laboral, según los casos.

Por otro lado, los órganos superiores de la Función Pública, regulados en el capítulo I de la Ley, tienen competencia directa tanto sobre los funcionarios públicos, como sobre el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, con lo que la propia Ley está admitiendo como miembros integrantes de la Función Pública tanto al personal funcionario como al laboral.

Otro aspecto importante que hay que destacar de esta Ley, novedoso, como dice la exposición de motivos, y

al que se refiere el citado artículo 3.2.b), es el reconocimiento del derecho de los funcionarios públicos a negociar sus condiciones de empleo, lo que los iguala, en este tema, al personal laboral, en contraposición con el criterio que hasta entonces había mantenido el Tribunal Constitucional (35).

En el terreno de los derechos colectivos hay que señalar el reconocimiento explícito de derechos sindicales a los funcionarios públicos que supone la consideración como faltas muy graves de hechos como la obstaculización del ejercicio de los derechos sindicales, la realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga, la participación en huelgas a los que la tengan expresamente prohibida por la ley, y el incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga. todo ello recogido en el artículo 31.1, apartados i), j), k), y l), respectivamente.

Asimismo la disposición adicional decimosegunda está reconociendo explícitamente el derecho de huelga a los funcionarios públicos, cuando establece que estos no devengarán ni percibirán retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esta situación, sin que, en ningún caso, esta deducción de haberes tenga

carácter de sanción disciplinaria.

Queremos resaltar también la importancia que tiene la prohibición, contenida en la disposición adicional cuarta, uno, de que por las Administraciones Públicas se celebren contratos administrativos de colaboración temporal, dejando, en el párrafo dos, la posibilidad de celebrar, excepcionalmente, contratos con personal para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales, que se someterán a la legislación de contratos del Estado, sin perjuicio de la aplicación de la normativa civil o mercantil, no refiriéndose en absoluto, en este caso, a la normativa laboral, lo que consideramos como una muestra más de que para esta Ley el trabajador con vínculo jurídico laboral es un personal normal, no excepcional, al servicio de las Administraciones Públicas y, como tal, la única alternativa homologable que admite frente al personal funcionario.

Otro rasgo equiparador, igualmente novedoso en nuestro derecho positivo, es el contenido en la disposición final primera, que obliga al Gobierno a que por Real-Decreto establezca el régimen de indemnización a percibir por el personal contratado administrativo que, una vez realizada la clasificación de puestos de trabajo,

prevista en la disposición transitoria sexta, no tenga plaza en las correspondientes plantillas, mandato que el Gobierno cumple mediante el Real Decreto 2727/86, de 24 de diciembre, fijando una indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Es decir, el citado Real Decreto se limita a transcribir el párrafo 10 del artículo 51 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, lo que, por sí solo, ya significa una equiparación entre personal administrativo y personal laboral.

Pero es mucho más importante, a nuestro juicio, lo que la disposición final primera, desarrollada por el Real Decreto 2727/86, significa de traslación, casi solapada, al ámbito de las relaciones laborales jurídico-públicas del expediente de regulación de empleo, técnica jurídica aplicada hasta ahora exclusivamente en el campo de las relaciones jurídico-laborales privadas, que se encuentra regulada precisamente en el artículo 51 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, cuyo párrafo 10 está literalmente transcrito, como hemos visto, en el Real Decreto 2727/86.

En otros términos, esta disposición final primera

está encubriendo un verdadero expediente de regulación de empleo en la esfera directa de las Administraciones Públicas, aunque sin las demás garantías que, en la tramitación de dicho expediente, están previstas en el meritado artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, cuando se trata de trabajadores del sector privado.

De esta forma vemos cómo puede quebrar uno de los aspectos característicos del funcionario público respecto al personal laboral, cual es la estabilidad en el empleo, pues, aunque el precepto se refiere sólo a personal contratado administrativo, nada impide que pueda hacerse lo mismo con los funcionarios públicos, como algunas voces sindicales han propugnado ya, así como algún sector doctrinal (36), aunque en este momento pueda parecerse remoto. Lo importante, a nuestro juicio, es que el precedente está sentado en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Por último, otro aspecto homologador entre los funcionarios públicos y el personal laboral viene recogido en la disposición adicional quinta, que contiene el mandato al Gobierno para que, determine el cómputo recíproco de cotizaciones entre el régimen de Seguridad Social de los funcionarios públicos y los distintos regímenes del sistema de Seguridad Social, mandato que se

encuentra desarrollado, con carácter efectivo, en el artículo 28.3 de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987, que establece que a partir del uno de enero de 1987 serán computables en las pensiones de clases pasivas reconocidas al amparo de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, cualquiera que sea la fecha de arranque, las cotizaciones realizadas en el antiguo Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez y en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social.

En definitiva, consideramos que esta norma que hemos analizado, exclusivamente desde una perspectiva equiparadora de las relaciones jurídico-laborales públicas y jurídico-laborales privadas (37), trata al trabajador con vínculo jurídico-laboral con los mismos criterios que al funcionario público en aspectos sustanciales de la relación jurídica, y lo eleva de forma expresa a la categoría de personal al servicio de las Administraciones Públicas, categoría que hasta entonces era privativa del funcionario, servidor por antonomasia de la Administración Pública. Lo hace, en fin, trabajador propio, en paridad con el funcionario público. Y, por otro lado, introduce en las relaciones laborales jurídico-públicas instrumentos jurídicos hasta ese momento sólo empleados en el campo de las relaciones

laborales jurídico-privadas.

Pero, aún considerando la importancia de esta Ley en el aspecto homologador de ambas relaciones jurídicas, entendemos que todavía queda bastante camino por andar hasta conseguir esta completa unidad de tratamiento jurídico, que se deriva de la igualdad sustancial existente en el contenido de las dos relaciones, tan clara que, en aras del principio de economía legislativa, hace innecesaria la permanencia de uno de los dos regímenes jurídicos, inclinándonos nosotros por la desaparición del régimen administrativo, entre otros motivos, por lo que este régimen jurídico implica de prerrogativa de una de las partes de la relación jurídica, la Administración Pública.

No obstante, volvemos a reiterar el paso importante que supone la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en el aspecto equiparador de ambos regímenes jurídicos, y ello a pesar de que la Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública, pueda significar un pequeño giro en este aspecto.

2.1.3.-Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical.

Como hacíamos anteriormente, al analizar el artículo 28.1 de la Constitución, nos remitimos a un próximo capítulo sobre los derechos colectivos de los funcionarios públicos, donde estudiaremos más en profundidad este tema. Pero queremos resaltar aquí el avance tan significativo que supone esta importante Ley en orden a la equiparación total entre funcionario público y personal laboral (38).

En efecto, por primera vez se reconoce, claramente y sin reserva alguna, en nuestro derecho positivo la cualidad y consideración de "trabajadores por cuenta ajena", en expresión textual de la exposición de motivos, a los funcionarios públicos, equiparándolos total y absolutamente a aquellos que son sujetos de una relación laboral, como hace taxativamente el artículo 19.2, y, paralelamente, en coherencia con ello, se

denomina, de forma expresa, empleador a las Administraciones Públicas, en equiparación total con el empleador privado, tanto en la exposición de motivos como en el artículo 13, si bien esta última equiparación no es una novedad en nuestro derecho positivo (39).

También por primera vez se da en nuestro ordenamiento jurídico un "tratamiento unificado en un texto legal único, que incluye el ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos", -como asimismo expresa literalmente la exposición de motivos de la Ley-, al derecho de libre sindicación de todos los trabajadores, sin distinción entre públicos y privados, reconocido en el artículo 28.1 de la Constitución, y que expresamente reitera el artículo 19.1 de esta Ley, derecho que es "uno de los principios jurídicos fundamentales en que se basa el actual sistema de relaciones laborales en España", como comienza la reiterada exposición de motivos, con lo que queda consagrado el reconocimiento explícito de los derechos colectivos a los funcionarios públicos, como trabajadores integrantes de ese "sistema de relaciones laborales", pues, como establece el artículo 29.2.d), el ejercicio de la actividad sindical, esto es, el contenido del derecho de sindicación, comprenderá, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de

huelga y a la presentación de candidaturas para la elección de comités de empresa y delegados de personal de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en las normas correspondientes, entre otros básicos derechos colectivos.

Así pues, aún con esa reserva de reenvío a las "normas correspondientes", consideramos que, de acuerdo con el precepto citado, en relación con el artículo 19.2., los funcionarios públicos quedan plenamente igualados a los trabajadores con vínculo jurídico-laboral en una parcela tan importante del sistema de relaciones laborales como es la que regula los derechos colectivos de los trabajadores.

Y si los funcionarios públicos son considerados trabajadores de pleno derecho en el difícil y complejo ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, y sus derechos básicos en este campo están regulados por la misma ley que regula los derechos colectivos de los trabajadores con vínculo jurídico-laboral, ¿por qué no considerarlos también lo que son, trabajadores por cuenta ajena a todos los efectos, en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo, y darles igualmente un tratamiento jurídico unitario en una misma ley que regule

sus condiciones básicas individuales juntamente con las de los restantes trabajadores con vínculo jurídico-laboral, sobre todo si se tiene en cuenta que lo individual es un presupuesto "sine qua non" para la existencia de algo colectivo, y que las relaciones colectivas de trabajo son el resultado de la suma de relaciones individuales? Parece un contrasentido que a los funcionarios públicos se les reconozca lo más (igualdad de tratamiento jurídico en el campo de los derechos colectivos) y simultáneamente se les niegue lo menos (esa misma igualdad de tratamiento jurídico en el ámbito de los derechos individuales), que, a su vez, es presupuesto básico para lo más.

Consideramos que la decisiva importancia de esta Ley, desde la óptica que la estamos analizando, aún con sus imperfecciones, estriba en haber roto la barrera infranqueable que, hasta ese momento, existía en nuestro ordenamiento jurídico entre el campo de las relaciones de trabajo jurídico-públicas y las relaciones de trabajo jurídico-privadas, dándole tratamiento jurídico unificado, en un único texto legal, a una parcela básica de ambas relaciones jurídicas.

Estimamos que el camino ha quedado expedito para seguir adelante hasta que llegue ese día en el que

también se considere a los funcionarios públicos trabajadores a los efectos de una sola ley que, otorgando un tratamiento jurídico unificado, regule las condiciones individuales básicas de trabajo de todos los miembros, públicos y privados, integrantes del sistema de relaciones laborales, aunque las peculiaridades específicas de este grupo concreto de trabajadores se regulen por sus "normas correspondientes", como ya ocurre con los demás grupos que actualmente componen el sistema de relaciones laborales.

En otras palabras, propugnamos que las condiciones laborales mínimas sean las mismas para todos los trabajadores, públicos y privados, y que las peculiaridades específicas de cada grupo se regulen, partiendo de esos mínimos, a través de la vía, hoy generalizada en las relaciones laborales privadas, de la negociación colectiva, que como hemos visto, esta Ley garantiza para todos los trabajadores, públicos y privados, y que, indudablemente, es el mejor camino para resolver los múltiples problemas que se plantean en las relaciones laborales, como hemos mantenido en un anterior trabajo (40), y, de esta manera, conseguir una paz social estable, toda vez que, al ser las propias partes interesadas las que mejor conocen sus peculiaridades específicas, serán las más cualificadas para lograr los

mejores acuerdos posibles, y, al quedar plasmada en esos acuerdos negociados la voluntad de ambas partes afectadas por los mismos, sin que se haya impuesto nada unilateralmente por una de ellas, conseguimos la mejor garantía para su cumplimiento (41).

2.1.4.-Otras normas de las Administraciones
Públicas específicamente tendentes a la
equiparación.

2.1.4.1.- De la Administración Central.

-El Real Decreto 2223/84, de 19 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, cuyo artículo 19.1 establece que será de aplicación a los procedimientos de ingreso que se realicen respecto al personal comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, exceptuándose en el párrafo 2 los sistemas de promoción interna, y cuyo artículo 39.1 concreta que esta norma se refiere a "todos los procedimientos de selección y acceso de personal, funcionario o laboral...", lo que confirma el criterio que manteníamos anteriormente de que la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sólo considera personal normal al servicio de

las Administraciones Públicas y, por ello, dentro de su ámbito de aplicación, al personal funcionario y al personal laboral, equiparando totalmente a ambas categorías de trabajadores a su servicio.

Asimismo este artículo 39.1 conforma un tratamiento jurídico unitario al establecer los mismos criterios para la realización de los procedimientos de selección y acceso de personal, tanto funcionario como laboral, que serán "mediante convocatoria pública y a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición libres, en los que se garanticen, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad".

Finalmente, este Real Decreto dedica el título III a regular la selección de personal laboral.

-Los Reales Decretos 152/85, de 6 de febrero, 350/86, de 21 de febrero, 198/87, de 6 de febrero y 235/88, de 18 de marzo, que regulan las ofertas de empleo público para los años 1985, 1986, 1987 y 1988, respectivamente, en los que se ofertan conjuntamente las vacantes de personal funcionario y personal laboral dotadas en los correspondientes Presupuestos Generales del Estado para dichos años, detallándose en el Anexo I

las plazas pertenecientes a cuerpos y escalas de funcionarios, y en el Anexo II las que corresponden al personal laboral, ambos grupos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, como expresamente señalan los referidos Reales Decretos, que siguen la misma línea de considerar a estas dcs categorías de trabajadores como los únicos normales de las Administraciones Públicas.

Estas normas establecen también los mismos criterios para el procedimiento de selección de ambas clases de personal, lo que constituye el cauce más idóneo para garantizar los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, como se afirma explícitamente en sus respectivos preámbulos.

2.1.4.2.-De la Administración Autónoma de Andalucía.

-Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía. Esta Ley autonómica está en la misma línea equiparadora seguida por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, anteriormente analizada, a la que, como señala expresamente su artículo 1º, desarrolla legislativamente para Andalucía en los preceptos básicos y sus temas conexos, en concordancia, asimismo, con lo dispuesto en el artículo 1º.3 de la Ley estatal.

Así, en el párrafo e) de la exposición de motivos indica que es una ley de la Función Pública y no solamente de una de las categorías que la integran, esto es, los funcionarios públicos, añadiendo que a la Junta de Andalucía se puede servir también por medio de una relación de derecho laboral, aunque a continuación hace una reserva para los funcionarios de las actividades administrativas que impliquen ejercicio de autoridad y para preservar un principio de jerarquía, lo que significa una clara discriminación del personal laboral, respecto al funcionario, por más que proclame, más adelante, la desaparición de discriminaciones entre servidores públicos por razón de la naturaleza jurídica de su relación de empleo.

No obstante, esta Ley andaluza otorga un tratamiento jurídico equiparador entre el personal funcionario y el personal laboral al servicio de la Administración Autonómica en los mismos aspectos, en líneas generales, que lo hace con carácter nacional la Ley 30/1984, de 2 de agosto, si bien considera de forma más explícita al personal laboral como personal normal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía, y ello lo hace no sólo en la exposición de motivos, como hemos visto antes, sino al incluirlo en la clasificación del personal a su servicio, que realiza en el artículo 16.1, junto al personal funcionario, estableciendo, además, de manera clara, un tratamiento jurídico homologado entre ambas categorías de trabajadores, al señalar en el párrafo 3 del mismo precepto que "en todo caso le será de aplicación (al personal laboral) los principios del artículo 2º de la presente ley", principios que informan, con carácter general, toda la Función Pública de la Junta de Andalucía.

Finalmente, esta norma autonómica dedica expresamente los tres artículos de la sección 5ª del capítulo 4º al personal laboral, capítulo éste que trata asimismo, en su sección 1ª, de los funcionarios públicos, lo que indica, una vez más, el carácter homologador de esta Ley.

-Los Decretos 390/86, de 10 de diciembre, y 395/86, de 17 de diciembre, el primero de los cuales regula la elaboración y aplicación de la relación de puestos de trabajo, y el segundo aprueba la relación de puestos de trabajo. Ambos Decretos se refieren exclusivamente a los puestos de trabajo de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Organismos Autónomos, que deben ser desempeñados por personal funcionario o por personal laboral fijo, según proceda, y continúan la misma línea homologadora de la Ley autonómica 6/1985, de 28 de noviembre.

-Queremos referirnos, por último, al Acuerdo de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Fomento y Trabajo, de 28 de Junio de 1988, por el que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio Colectivo para el personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía (42), de ámbito de aplicación a "todo el personal que con relación jurídico laboral y contrato formalizado por órgano competente, preste sus servicios y perciba sus retribuciones con cargo a las dotaciones presupuestarias aprobadas para el personal laboral..." (artículo segundo) "de la Administración de la Junta de Andalucía... Organismos Autónomos, y servicios de ella dependientes"

(artículo primero).

En este Convenio Colectivo se aprecian referencias y criterios homogeneizadores con el personal funcionario, como cuando establece, en el artículo 18 que la jornada laboral será de 37 horas y 30 minutos semanales, igual que la de los funcionarios públicos, o, en el artículo 21.g), unos permisos de hasta seis días por asuntos particulares, similares a los denominados "moscosos" para los funcionarios públicos; o cuando, en el artículo 9º clasifica al personal en cinco grupos profesionales, totalmente equivalentes a los establecidos en el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, o, bien, cuando el artículo 35, requiere la obligatoriedad de tramitar previamente expediente disciplinario para sancionar las faltas graves y muy graves.

En definitiva, podemos afirmar que, tras la aprobación de la Constitución en el año 1978, se ha notado un avance importante en el derecho positivo surgido desde entonces, en el proceso de acercamiento y homologación entre el personal funcionario y el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, como hemos visto en el análisis de la normativa básica en esta materia, tanto estatal como de nuestra Comunidad Autónoma, análisis que no hemos pretendido que sea

exhaustivo, sino meramente indicativo de la situación real de este proceso homogeneizante, cada vez más creciente, que se está desarrollando en nuestro ordenamiento jurídico.

2.2.- En la jurisprudencia.

Al analizar los criterios jurisprudenciales de los últimos años sobre la distinción entre relación jurídico-administrativa y relación jurídico-laboral en la Función Pública encontramos tres notas características reiterativas:

-La notoria dificultad de deslindar ambos campos jurídicos, sin que existan criterios objetivos claros y definitivos para ello, dada la igualdad sustancial existente entre los dos regímenes jurídicos.

-La continua remisión a una norma con rango de ley que determine el régimen jurídico aplicable, administrativo o laboral, ante esa falta de criterios definitivos antes enunciada.

-La tendencia expansiva del derecho laboral.

a) El problema de delimitar jurídicamente los diversos supuestos de prestación remunerada de servicios personales a las Administraciones Públicas, en general, y en concreto, deslindar aquellos encuadrables en el campo jurídico-administrativo de aquellos que lo son en el campo jurídico-labral, es antiguo (43), y, como hemos observado, no lo ha resuelto definitivamente el derecho positivo.

La jurisprudencia tampoco ha marcado pautas determinantes que permitan encuadrar en el ámbito de aplicación de uno u otro campo jurídico todos los supuestos de prestaciones personales de servicios que puedan darse en las Administraciones Públicas, y así lo admite el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, entre las que, sin ánimo de ser exhaustivo, hemos escogido algunas de las más recientes, que consideramos significativas en este sentido.

Así, afirma el Alto Tribunal que "...el encuadramiento de los contratos para la prestación de servicios dentro del Derecho Laboral o del Derecho Administrativo constituye, según reconocen la doctrina científica y la jurisdiccional, una de las cuestiones más comprometidas y conflictivas; de aquí las numerosas sentencias que la Sala ha pronunciado para resolver los

diferentes supuestos... determinante de la esterilidad de cualquier intento de precisar una doctrina general de plena y amplia validez..." (44); "...la calificación de una determinada relación como contrato administrativo o laboral no es tarea fácil ni pacífica..." (45); "...porque deslindar los campos administrativo y laboral, cuando la contratación es de servicios personales, presenta la dificultad derivada de ser funciones que en la vida real pueden ser desempeñadas con una u otra vinculación..." (46); "...la complejidad del problema de precisar la naturaleza jurídica de la relación que une a un trabajador con el Estado y demás entes públicos... es notoria..." (47).

También hemos observado que el mismo Tribunal Supremo reconoce explícitamente en múltiples sentencias la identidad sustancial del contenido de ambas relaciones jurídicas. Así dice que "...la calificación de una determinada relación como administrativa o laboral no presupone una sustancial diferencia entre los respectivos contenidos..." (48); "...contrato laboral y administrativo, sustancialmente iguales en cuanto a dicho contenido, es decir, al haz de derechos y obligaciones que de uno y otro surgen..." (49) "...puesto que no hay una sustancial diferencia entre el contenido de las prestaciones y contraprestaciones asumidas por las

partes..." (50); "... al no haber diferencia de contenido esencial..." (51); "...ya que no hay diferencia esencial, en principio, entre régimen administrativo y laboral..." (52); "...entre el régimen administrativo y el laboral no existe en principio ninguna diferencia de contenido esencial, en cuanto a la prestación de servicios a los entes públicos...", matizando aún más esta reciente sentencia que "...se trata de una cuestión de técnica organizativa, pudiendo utilizar la Administración, indistintamente, cualquiera de ambas modalidades..." (53).

En definitiva, el Tribunal Supremo no sólo sigue sin encontrar unos rasgos característicos que diferencien de una manera clara y determinante una relación jurídico-administrativa de otra relación jurídico-laboral, cuando se trata de prestaciones remuneradas de servicios personales a una Administración Pública, continuando así esa trayectoria fluctuante a la hora de elegir rasgos distintivos, que en cada momento le hacía apoyar la diferenciación en criterios marginales y distintos, sino que viene a admitir últimamente la imposibilidad de encontrarlos, al considerar idénticos, sustancialmente, los contenidos de ambas relaciones jurídicas y no existir, por lo tanto, diferencias importantes en cuanto al fondo de las mismas.

Si bien las sentencias anteriormente reseñadas no se refieren a una relación jurídico-administrativa funcionarial "estricto sensu", sino a una relación jurídico-administrativa en general, derivada de un contrato de prestación de servicios personales a una Administración Pública, lo que de ellas hemos resaltado es aplicable indistintamente a una u otra relación jurídico-administrativa, pues el contenido de ambas es el mismo, esto es, una prestación de servicios personales a una Administración Pública a cambio de una contraprestación económica a cargo del erario público, en base a un vínculo jurídico-administrativo, ya funcionarial, ya contractual, contenido, por otro lado, que, como estamos viendo, el Tribunal Supremo señala reiteradamente que es, asimismo, idéntico, sustancialmente, al de aquellas relaciones jurídicas con una Administración Pública que tienen un vínculo jurídico-laboral.

Hay que tener en cuenta también que el concepto de funcionario público es oscuro y confuso, tanto desde el punto de vista legal (54), como jurisprudencial o doctrinal, y no sirve para oponerlo definitivamente frente a los demás supuestos de prestaciones remuneradas de servicios personales a una Administración Pública con

vínculo jurídico-administrativo, que no sean funcionarios, ni a los efectos de calificar jurídicamente, de forma determinante, como funcionarios públicos, a todos los demás supuestos con vínculo jurídico-administrativo, calificación que pudiera oponerse claramente a otros supuestos, como, en concreto, a aquellos de trabajadores por cuenta ajena con un vínculo jurídico-laboral.

b) Ante la problemática anteriormente expuesta en torno a la dificultad de delimitar ambos campos jurídicos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que el criterio determinante para adscribir a uno u otro una relación jurídica de servicios personales remunerados con una Administración Pública ha de ser la existencia de una norma con rango de ley, que establezca nítidamente qué normativa es la aplicable a una relación jurídica concreta.

Así, afirma el Alto Tribunal que "...como ha dicho esta Sala de forma reiterada, no es la clase de servicio que se presta lo que determina la naturaleza del contrato, sino una normativa con rango de ley que autorice..." (55); "...se encuadran dentro de aquel campo por disposición expresa de la ley, luego no puede

extrañar que la doctrina haya atendido a este elemento, la norma, para que sirva de diferenciador de uno y otro nexo..." (56); "...no es la naturaleza del servicio la que determina la adscripción al área jurídico-administrativa o laboral..." (57); "...lo determinante y decisivo de su adscripción al área de la contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una norma con rango de ley que la autorice..." (58).

Parece, pues, que el Tribunal Supremo, tras admitir la identidad sustancial del contenido de ambas relaciones jurídicas, opta por este criterio diferenciador, puramente formal, frente a otros más fluctuantes e inseguros que había venido utilizando anteriormente, como la forma de acceso al puesto de trabajo, la clase de trabajo realizado, la permanencia o no en el servicio, etc., y que hoy día se encuentran superados.

c) Por último, hay que resaltar que el propio Tribunal Supremo señala la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo, puesta de relieve, sobre todo, por la doctrina científica, como veremos más adelante, y lo hace afirmando que "...es clara la voluntad legislativa

de llevar a cabo un ensanchamiento del concepto de relación laboral, sin duda porque el contenido de una de sus prestaciones, es decir, el trabajo humano... ofrece un acusado relieve desde el punto de vista de su protección..." (59); "...la jurisprudencia de esta Sala, que ha puesto, además, de relieve la voluntad de la ley de llevar a cabo un ensanchamiento del campo de las relaciones laborales, tan extraordinariamente reducido en sus inicios" (60).

Todo lo anteriormente expuesto nos muestra que nuestra jurisprudencia más reciente considera que sólo el derecho positivo, una norma con rango de ley, separa una relación jurídico-administrativa de otra relación jurídico-laboral, no existiendo otros rasgos determinadamente distintos entre una y otra, y teniendo ambas el mismo contenido, que es, sustancialmente, idéntico.

Asimismo se señala un "ensanchamiento" -en término de las sentencias citadas- del concepto de relación laboral. Se reconoce explícitamente la vis expansiva del Derecho Laboral, que hace que se vayan incluyendo en su ámbito de aplicación relaciones de trabajo por cuenta ajena que no hace muchos años planteaban una seria polémica doctrinal (61) y, por

supuesto, estaban excluidas por el derecho positivo laboral y, en consecuencia, no eran tenidas en cuenta, en este sentido, por la doctrina jurisprudencial.

Obviamente, entre esas relaciones laborales excluidas del ámbito de aplicación del derecho positivo del trabajo se encuentra todavía la del personal al servicio de las Administraciones Públicas con vínculo jurídico-administrativo, si bien lo que hoy día separa a estos trabajadores de los demás es exclusivamente un requisito meramente formal, una norma con rango de ley, que, como toda norma, es fruto de una concepción histórica concreta, que bien puede ser modificada por otra que recoja una concepción distinta del mismo tema, más acorde con los planteamientos doctrinales y sociales del momento presente, como tantas veces ha sucedido en la historia del Derecho.

Lo que claramente se deduce de esta jurisprudencia que hemos analizado es el acercamiento evidente entre las dos relaciones jurídicas -administrativa y laboral- que estamos estudiando, así como la equiparación jurídica del contenido de las mismas, constituyendo todo ello un paso importante en este proceso de homologación total entre ambas, que, algún día, llegará a incluir dentro del Derecho del

Trabajo a los funcionarios públicos (62), continuando así esa tendencia expansiva de esta rama del Derecho, dispuesta a acoger en su ámbito de aplicación a toda relación de trabajo por cuenta ajena.

2.3.- En la doctrina científica.

Es tarea básica de la doctrina científica marcar pautas al legislador, mediante el estudio de la realidad social que la norma regula, y proponer nuevas formas de regulación normativa, más acordes con esa realidad social. En este sentido, la doctrina va, normalmente, por delante del derecho positivo y mantiene posiciones más avanzadas, y ello, entre otras razones, porque el jurista, al realizar su trabajo, no se encuentra tan encorsetado, como lo está el legislador, que ha de tener en cuenta, la mayoría de las veces, conveniencias coyunturales de índole político-partidista.

Vamos a ver a continuación los planteamientos doctrinales más importantes en torno a la aproximación entre las dos relaciones jurídicas -administrativa y

laboral- que estamos analizando.

En las modernas corrientes doctrinales se advierte cada vez más esta tendencia equiparadora entre relación jurídica de trabajo público y relación jurídica de trabajo privado, y, más exactamente, se observa una tendencia unificadora de ambas relaciones jurídicas, que puede concretarse en una laboralización cada vez más creciente de la relación jurídica de empleo público administrativo-funcionarial.

2.3.1.- En la doctrina extranjera.

Es en Italia donde esta tendencia, antes enunciada, tiene sus principales soportes, sobre todo en la doctrina iuslaboralista (63), que ocupa una posición de vanguardia en este tema, aunque también observamos en la doctrina italiana a algunos administrativistas proclives a esta corriente laboralizadora de la relación jurídica de empleo público administrativa-funcionarial (64). Es, asimismo, en Italia donde los sindicatos han conseguido mayores logros en orden a la completa equiparación del empleo público y el privado (65).

En Francia también se aprecia esta corriente

homologadora de los regímenes jurídicos que regulan las relaciones de los funcionarios públicos y las de los trabajadores privados, constatándose una evolución respectiva de ambas normativas, debido a la influencia que mutuamente se han ejercido y que ha determinado esta aproximación (66). También el desarrollo del sindicalismo funcional ha fomentado este acercamiento normativo (67).

En la doctrina alemana también se planteó, hace tiempo, por un importante sector de la misma la cuestión de si el régimen jurídico de los funcionarios públicos debía desgajarse del Derecho Administrativo e incorporarse al Derecho Laboral (68).

Asimismo en Latinoamérica se constata claramente esta corriente unificadora de las relaciones jurídicas de trabajo público y de trabajo privado (69), y en algunos países, como México, no sólo en el plano doctrinal, sino, incluso, en el derecho positivo, en el que está reconocida como tal la relación de trabajo que se desarrolla entre el Estado y los empleados públicos, denominándose la norma que regula esta relación jurídica "Ley federal de los trabajadores al servicio del Estado", siendo éste, desde el punto de vista laboral, un empleador más, según el artículo 123. B) de su

Constitución (70).

2.3.2.- En la doctrina española.

2.3.2.1.- Doctrina iuslaboralista.

En nuestro país vemos que cada día adquiere más auge la tendencia homologadora entre el personal que trabaja en las Administraciones Públicas y el que lo hace en la empresa privada, sobre todo en el sector doctrinal iuslaboralista, en el que se propugna abiertamente la laboralización del funcionario público.

Esta tendencia fue iniciada por RODRIGUEZ-PIÑERO (71), quien distingue entre la situación del funcionario frente al administrado, como órgano del Estado investido de poder administrativo, y su función de personal que trabaja para la Administración Pública, es decir, diferencia entre relación orgánica y relación de servicio, respectivamente, (72) y considera a esta última como una verdadera relación laboral.

Esta tesis es mantenida actualmente, con más o

menos matices, por un sector mayoritario de la doctrina iuslaboralista española. Veamos a continuación algunas de las posiciones más significativas:

DE LA VILLA se manifiesta en la misma línea de pensamiento de RODRIGUEZ-PIÑERO, y considera que sería preciso que se orientase la ampliación del Derecho del Trabajo pensando en la conveniencia de crear otras figuras contractuales laborales, de modo que no hubiese contrato, sino contratos de trabajo (73).

CABRERA BAZAN estima de conveniencia sumamente dudosa la exclusión de los funcionarios públicos de la normativa laboral (74), y se muestra partidario de ampliar y extender el ordenamiento laboral a todo trabajo, cualquiera que sea la forma en que se preste (75).

BAYON CHACON comparte plenamente la ampliación del ámbito personal del Derecho del Trabajo a todos los que realizan trabajos remunerados, habituales, por cuenta ajena (76).

MARTIN VALVERDE entiende que los funcionarios públicos están excluidos del concepto que, para satisfacer sus necesidades normativas, ha elaborado para

sí el derecho individual del trabajo, pero que han de considerarse, materialmente, como trabajadores por cuenta ajena (77).

MONTOYA MELGAP considera que, en lo esencial, el funcionario es un trabajador más (78).

ALONSO OIEA afirma que, a la postre, quiérase o no, los funcionarios no son sino un tipo especial de trabajadores (79) o, más recientemente, que la relación funcionarial es similar a la relación laboral, esto es, son modos de regular, o modulaciones de configuración, de una relación que sigue siendo sustancialmente la misma (80).

ALONSO GARCIA mantiene que en el Derecho del Trabajo se opera en la actualidad un proceso de extensión advertible en la penetración del mismo dentro de las relaciones jurídico-públicas, y considera que este fenómeno se advierte claramente en el personal no funcionario al servicio de las Administraciones Públicas y que acabará extendiéndose, incluso, a los sujetos que ostentan la mencionada condición de funcionario público, ya que, con todas las características especiales que se pretenda derivar de su régimen jurídico, la relación de los funcionarios públicos es una relación de trabajo por

cuenta ajena (81).

Para SALA FRANCO en la naturaleza de la relación de empleo público se advierte una relación de trabajo profesional, donde el trabajo objeto de regulación jurídica es prestado habitualmente como medio de vida del empleado que lo realiza, siendo el objeto de esta relación el cambio de trabajo por retribución (82), y afirma que hoy está extendido defender que la eficacia administrativa puede ser mayor con un régimen jurídico-laboral que con un régimen jurídico-administrativo, que una laboralización de los funcionarios podría conducir a una mayor organización administrativa y, en definitiva, a un aumento de productividad (83).

CASTIÑEIRA, propugna un estatuto de los trabajadores en el que estén incluidos los funcionarios públicos y todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas junto a los trabajadores tradicionales, vinculados a un empleador por un contrato de trabajo (84).

2.3.2.2.-Doctrina administrativista.

Los administrativistas españoles, sin embargo, se inclinan mayoritariamente por la concepción tradicional de la función pública estatutaria (85), si bien empieza a admitirse ya en este sector doctrinal un real acercamiento entre el régimen jurídico de los empleados públicos y el de los trabajadores privados (86), e, incluso, recientemente se ha abierto una brecha importante en la doctrina administrativista contra la clásica concepción estatutaria de la relación de empleo público, propugnándose abiertamente por ORTEGA la laboralización de esta relación jurídica, al considerar que el funcionario público, como persona, está inserto en una relación laboral que tiene planteados los mismos problemas que los que trabajan en cualquier actividad privada (87), y afirma que la posición de la Administración, en todo lo que se refiere a la relación de servicio, debe ser la de un empleador más (88).

Ciertamente estamos todavía en uno de los primeros estadios de un proceso aún no consolidado, pero consideramos que se han dado en nuestra doctrina científica los primeros pasos firmes que nos llevarán al día en el que toda persona física tendrá cualidad

jurídica de asalariado y en el que toda actividad profesional estará regida por el Derecho del Trabajo (89).

3.-Naturaleza jurídica de la relación jurídica de empleo público administrativa-funcionarial.

De las dos clases de relaciones jurídicas que conforman el empleo público -administrativa-funcionarial y laboral- y que determinan el vínculo jurídico que une a un trabajador con una Administración Pública -estatutario o laboral, respectivamente-, es la primera la que plantea problemas en torno a la calificación de su naturaleza jurídica (90), siendo aceptada pacíficamente por la doctrina la referente a la relación jurídica laboral.

El debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de la relación jurídica administrativa-funcionarial de empleo público se centra en la dicotomía concepción unilateralista o estatutaria-concepción contractualista de esta relación jurídica.

Coincidiendo con SALA FRANCO y con GUAITA, consideramos que el problema de la naturaleza jurídica de

esta relación jurídica es, sustancialmente, un problema de derecho positivo (91), pues como dice GUAITA "...es, efectivamente, el derecho positivo el único que puede resolver la cuestión. Los diversos ordenamientos tienden, por una razón o por otra, a aceptar la concepción contractualista o la unilateral, de modo que la relación viene a tener una naturaleza u otra según el régimen jurídico que la configura" (92).

En definitiva, el derecho positivo, bien imponiendo directamente la clase de relación jurídica que ha de utilizar la Administración Pública, bien, indirectamente, dejando a esa Administración Pública la posibilidad de optar en cada caso, a veces de forma arbitraria y caprichosa, por uno u otro régimen jurídico, es el que determina la naturaleza jurídica de la relación jurídica administrativa-funcionarial.

Por todo ello, en primer lugar vamos a analizar brevemente las dos concepciones doctrinales más importantes -unilateralista y contractualista- en torno a la naturaleza jurídica de la relación administrativa-funcionarial de empleo público, para examinar a continuación el derecho positivo máximo, esto es, el criterio constitucional sobre este tema, criterio que ha de marcar la pauta al resto del ordenamiento

jurídico. De este modo podremos obtener las conclusiones doctrinales y constitucionales que nos permitan centrar la cuestión debatida.

3.1.- Teoría unilateralista y estatutaria.

La teoría unilateralista o estatutaria (93) de la naturaleza jurídica de la relación funcional de empleo público, denominada también teoría autoritaria (94), es actualmente mantenida por un sector mayoritario de la doctrina administrativista de nuestro país (95), si bien con anterioridad a la Ley de Funcionarios Civiles del Estado este sector doctrinal se encontraba dividido al respecto (96).

Los defensores de la teoría unilateralista consideran que la relación jurídica que une al funcionario público con una Administración Pública es consecuencia de la exclusiva voluntad unilateral de la propia Administración Pública, manifestada mediante el acto del nombramiento, sin que tenga relevancia jurídica para el nacimiento de esta relación la voluntad del interesado, manifestada en la aceptación de dicho nombramiento mediante el acto de toma de posesión.

Los seguidores de esta tesis parten, básicamente, de la consideración de una posición de desigualdad de las partes en la relación jurídica, como consecuencia del "ius imperii" con que actúa una de ellas, la Administración Pública, y sostienen que el contenido de la relación jurídica administrativa-funcionarial está predeterminado por la norma, sin que pueda ser modificado o negociado por las partes, concluyendo que, por todo ello, la naturaleza jurídica de esta relación no puede ser sino unilateral, no teniendo cabida en este esquema una relación contractual.

Sin embargo estos argumentos en los que se fundamenta la teoría unilateralista son rebatibles e, incluso, hoy día se encuentran en gran parte superados.

En efecto, en primer lugar una posición de igualdad y libertad absolutas de las partes de un contrato no se da en ninguna clase de contratos de Derecho privado (97), y ni siquiera en el sistema contractual civil el principio de autonomía de la voluntad juega limpio de impurezas (98), y no por ello se niega la existencia de tales contratos.

Es más, en relación con el contrato de trabajo, se ha afirmado que éste se constituye en virtud de un

auténtico y real "status subiectionis" de naturaleza no jurídica, sino impuesto en una primera y superior instancia económica y, en consecuencia, anulando la igualdad y la libertad formuladas en la instancia jurídica (99). ¿Por qué, pues, se habría de exigir esa igualdad absoluta en los contratos de trabajo en los que es parte una Administración Pública? ¿Acaso existe más igualdad en la relación contractual desarrollada entre un empleador y un trabajador privados? Obviamente no. ¿Por qué, entonces, se niega la naturaleza jurídica contractual a la relación de trabajo que se desarrolla entre una Administración Pública y su empleado si el derecho positivo establece que esta relación es de carácter jurídico administrativo-funcionarial, y cuando esa misma Administración Pública, porque así lo dispone también una norma positiva, se constituye en empleador privado y desarrolla relaciones de trabajo de carácter jurídico laboral con las personas a su servicio, no se plantea ningún tipo de objeción jurídica y las mismas tienen la consideración legal de relaciones contractuales de trabajo?

Evidentemente no existen razones objetivas para mantener que la naturaleza jurídica de la relación jurídica de empleo público es unilateral cuando la Administración Pública utiliza la vía

jurídico-administrativa funcional para la recluta de personal a su servicio y es contractual cuando la misma Administración Pública utiliza la vía jurídico-laboral, distinción ésta que se pretende justificar en base a que se dé o no una posición de igualdad de las partes de la relación jurídica, lo que, como hemos señalado, en ninguno de los dos casos sucede, aunque también es cierto que, de los dos, el que más se acerca a una situación de igualdad es el que se estructura como relación jurídica contractual.

Tampoco cabe sostener que la relación administrativa-funcional tiene naturaleza jurídica unilateral y no contractual alegando el "ius imperii" del que se reviste la Administración Pública cuando actúa frente al administrado, pues, en este caso, el empleado público, en virtud de otra relación jurídica, la relación orgánica existente entre la Administración Pública y ciertos funcionarios públicos, cuya naturaleza jurídica sí es unilateral o estatutaria, ejerce funciones públicas como órgano ejecutor de la voluntad de la Administración Pública, investido de poder administrativo, pero en la relación de servicio que paralelamente se desarrolla entre todo empleado público y una Administración Pública, ésta no actúa nunca "iure imperii", sino que se comporta como un empleador más.

Ello es claro y diáfano cuando la vía utilizada por la Administración Pública para ejercer como empleador es la jurídico-laboral, en cuyo caso la Administración Pública no está investida de "ius imperii" y, en consecuencia, la relación jurídica que surge es de naturaleza contractual y no unilateral, y, sin embargo, cuando hace exactamente lo mismo, si bien, optando por la utilización de la vía jurídica funcionarial, aún siendo un empleador igual, actúa, según los partidarios de la teoría unilateralista, investida "iure imperii", y, en consecuencia, la relación jurídica que surge en este caso es de naturaleza unilateral o estatutaria.

Si efectivamente la Administración Pública está investida de "ius imperii" cuando recluta personal para su servicio, como afirman los defensores de la teoría unilateralista, tendría que estarlo tanto si el régimen jurídico-positivo utilizado por la Administración Pública es el administrativo como si es el laboral, y en ambos supuestos la relación jurídica surgida tendría que tener una naturaleza estatutaria. O bien, como mantenemos nosotros, en ambos supuestos se trata de una relación jurídica de servicio exclusivamente y la Administración Pública actúa como un empleador más, desprovista de "ius imperii", y la calificación jurídica de esa relación no

puede ser otra que contractual para ambos supuestos.

Pero lo que carece de fundamento jurídico objetivo es el que en unos supuestos la Administración Pública actúe investida "iure imperii" y la relación jurídica tenga naturaleza unilateral y en otros supuestos esa misma Administración Pública, para hacer exactamente igual, actúe desprovista de "ius imperii" y la relación jurídica surgida entonces tenga naturaleza contractual. O ¿es que acaso cuando la Administración Pública recluta personal para su servicio mediante la técnica jurídica laboral deja a un lado su "ius imperii" y lo vuelve a tomar, sin embargo, cuando la técnica jurídica utilizada es la administrativa funcionaria? ¿Qué criterios objetivos emplea para servirse de una u otra técnica jurídica al reclutar su personal? Anteriormente veíamos que no existen razones objetivas que determinen claramente cuándo una Administración Pública puede utilizar una u otra técnica jurídica en la recluta de personal a su servicio y, en consecuencia, cuándo la relación jurídica establecida entre una Administración Pública y sus empleados tiene naturaleza estatutaria o, por el contrario, es contractual, sino que dicha naturaleza jurídica viene determinada exclusivamente en función de que se utilice por la Administración Pública una u otra técnica jurídica, lo que nos induce de nuevo a

la afirmación, antes mantenida, de que, en la práctica, el problema de la naturaleza jurídica de la relación de empleo público, es, sustancialmente, un problema de derecho positivo, puesto que es éste, en definitiva, el que nos dice cuándo la relación jurídica concreta es estatutaria o contractual, según la técnica jurídica utilizada en cada caso por la Administración Pública empleadora.

Finalmente, no puede fundamentarse la teoría unilateralista en que el contenido de la relación jurídica administrativa-funcionarial esté previamente establecido por la norma y no pueda ser modificado por las partes, pues, en general, en todo Estado de derecho el sometimiento a la norma, en virtud del principio de legalidad, de toda relación jurídica, y no sólo de ésta, es consustancial a dicho Estado de derecho, y nuestra Constitución consagra este principio en su artículo 9.1 cuando establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Pero, más concretamente, en el derecho privado tenemos los denominados contratos de adhesión, en los que una de las partes, que generalmente es empresario mercantil o industrial, establece un contenido prefijado

para todos los contratos de un determinado tipo, siendo su característica más importante que su conclusión no va precedida de una discusión por las partes contratantes sobre el posible contenido, sino que las cláusulas del contrato pura y simplemente han de ser aceptadas, sin posibilidad alguna de negociar las mismas, sin que por ello se les niegue una naturaleza jurídica contractual (100).

También el contrato de trabajo está en nuestro ordenamiento jurídico regulado por la ley en sus aspectos básicos (101), o bien las condiciones laborales se negocian por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, a través de los convenios colectivos de trabajo, debiendo ajustarse necesariamente el contenido de los contratos de trabajo individuales, suscritos entre trabajadores y empresarios, a la ley y a los convenios colectivos, con lo que el margen individual para modificar o negociar dichas condiciones de trabajo es prácticamente nulo.

Por otro lado, la misma limitación para modificar el contenido de la relación jurídica tiene la Administración Pública, en virtud del principio de legalidad, cuando para la recluta del personal a su servicio utiliza la técnica jurídica del contrato laboral

y, sin embargo, en este supuesto no se duda de la naturaleza contractual de la relación jurídica surgida, lo que demuestra la dificultad de determinar doctrinalmente la naturaleza jurídica de la relación administrativa-funcionarial en base a criterios intrínsecos a la propia relación jurídica, toda vez que, en la práctica, el que la misma sea estatutaria o contractual depende de circunstancias extrínsecas a la relación jurídica, como es la utilización, muchas veces arbitraria, por parte de la Administración Pública de una u otra técnica jurídica para la recluta de personal a su servicio, lo que nos vuelve a llevar, una vez más, a la consideración de que el problema de la naturaleza jurídica de la relación de empleo público es, ante todo, un problema que sólo puede resolver realmente el derecho positivo.

3.2.- Teoría contractualista.

Para los partidarios de la teoría contractualista, la relación jurídica administrativa-funcionarial es consecuencia de un negocio jurídico contractual, no de la exclusiva voluntad de una

de las partes de la misma, esto es, la Administración Pública.

Para los defensores de esta tesis, que suscribimos plenamente, lo verdaderamente esencial para la existencia de un contrato es que haya un encuentro de voluntades que produzca efectos jurídicos, no siendo determinante la situación de igualdad en que deban encontrarse las partes de la relación jurídica (102), lo que, por otra parte, no se da nunca, como señalábamos antes.

Con independencia de que en el terreno práctico mantenemos la aseveración, antes enunciada, de que sólo el derecho positivo determina la naturaleza jurídica -estatutaria o contractual- de la relación jurídica de empleo público, en función de la técnica jurídica utilizada -administrativa o laboral- en cada caso concreto para la recluta de personal a su servicio por parte de las Administraciones Públicas, en un plano estrictamente doctrinal consideramos que esta relación jurídica, cuando es regulada por la normativa administrativa-funcionarial, reúne los requisitos esenciales para poder ser considerada también de naturaleza jurídica contractual.

En efecto, siguiendo la definición clásica del contrato, establecida por el derecho romano: "duorum vel plurium consensus ad constituendum obligationem", la doctrina moderna civilista, rama del derecho en la que tiene su origen esta institución jurídica, como tantas otras del derecho público, considera al contrato como todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. De esta manera, esta institución jurídica se convierte en la piedra angular no sólo del Derecho Civil, sino de todo el ordenamiento jurídico, de modo que donde acaba el contrato acaba también el derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y la fuerza (103).

En el contrato, como en todo negocio jurídico, la voluntad es la esencia o pilar básico del mismo, estando constituido su núcleo por la declaración de voluntad (104), declaración que ha de ser recíproca, de los dos sujetos del negocio jurídico. Ha de darse un intercambio, y, además, su consciente congruencia o consenso, pues el mero acuerdo de intenciones no tiene valor jurídico si no es en función de tal intercambio o reciprocidad, así como de tal congruencia (105). En consecuencia, en la relación jurídica que surja del contrato, -que, como toda relación jurídica, se establece entre dos o más personas, físicas o jurídicas, como cauce idóneo para la realización de

unos fines o intereses, merecedores de tutela jurídica, ese intercambio recíproco de declaración de voluntades de los sujetos de la misma y su consecuente congruencia o acuerdo es imprescindible para la existencia misma de la propia relación jurídica.

La idea de contrato es un supra-concepto aplicable a todos los campos jurídicos, tanto al derecho privado, como al derecho público (106). En este sentido, consideramos que el contrato es el negocio jurídico creador de la relación jurídica de empleo público administrativo-funcionarial, pues esta relación surge, no como consecuencia de la exclusiva voluntad unilateral de uno de los sujetos de la misma, la Administración Pública, sino en virtud del intercambio de la declaración de voluntad de los dos sujetos de la relación jurídica, que se manifiestan, mediante el acto de nombramiento por parte de la Administración Pública y por la aceptación de dicho nombramiento, concretada en el acto de toma de posesión, por parte del interesado, respectivamente, así como por la consecuente congruencia o acuerdo de ambas voluntades (107).

Es, pues, a nuestro juicio, imprescindible la declaración de voluntad del funcionario público para que la relación jurídica esté constituida y de la misma se

deriven efectos jurídicos, en contra de lo sostenido por los seguidores de la teoría unilateralista (108), para los que la relación jurídica se constituye válidamente por la exclusiva voluntad de la Administración Pública, siendo la declaración de voluntad del funcionario un presupuesto de eficacia, no de validez. Para nosotros es, además, un presupuesto de validez de la misma, de manera que sin esta declaración de voluntad no existe la relación jurídica de empleo público administrativo-funcionarial.

Por otro lado, en la relación jurídica funcionarial de empleo público nos encontramos ante un verdadero sinalagma, pues de la misma nacen derechos y obligaciones para sus dos sujetos. En ambos sujetos de la relación jurídica existe una consciente voluntad de obligarse mutuamente, lo que conlleva, a su vez, el nacimiento de unos derechos recíprocos, también voluntariamente aceptados por los mismos.

Por ello, no podemos admitir que estos derechos y obligaciones entren en la esfera patrimonial de una persona sin que ésta los acepte consciente y voluntariamente, así como tampoco admitimos el que la sola y exclusiva voluntad de una de las partes de la relación jurídica pueda generar derechos y obligaciones

patrimoniales en la otra sin su concurso voluntario, pues, como el mismo Tribunal Constitucional, aún manteniendo la tesis estatutaria, ha reconocido recientemente, "quien entra al servicio de la Administración... al hacerlo acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional" (109). Hay, pues, una aceptación, consustancialmente voluntaria, de las condiciones que configuran la relación jurídica que vincula al trabajador público funcionario con una Administración Pública.

En definitiva, no concebimos la relación jurídica de empleo público administrativa-funcional sin la existencia previa del negocio jurídico contractual de trabajo, en el que tiene su origen, carácter contractual que se observa perfectamente y sin lugar a duda alguna en el ámbito colectivo de esta relación jurídica (110).

Coincidimos con ORTEGA cuando afirma que el carácter contractual de esta relación de empleo público hay que situarlo en paralelismo con la contratación laboral, ya que ambos obedecen a realidades sociales y económicas semejantes (111), paralelismo que actualmente se acentúa aún más en nuestra Función Pública, al generalizarse la contratación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas, hasta tal punto que se ha

convertido en un sistema de acceso al servicio público tan normal como el funcionarial, siendo utilizado uno u otro sistema simultánea e indistintamente por las Administraciones Públicas (112).

En definitiva, es necesario concluir que la relación jurídica de empleo público administrativa-funcionarial y la relación jurídica de empleo público laboral son dos relaciones jurídicas similares, que tienen su origen en un contrato de trabajo, o, lo que es lo mismo, son dos relaciones jurídicas idénticas que surgen del mismo negocio jurídico contractual, a las que sólo diferencia la denominación que el derecho positivo les asigna en cada caso concreto (113), pero de las que, paradójicamente, como hemos señalado anteriormente, se derivan efectos jurídicos diferentes, al ser distinto el régimen jurídico aplicable a cada relación jurídica, administrativo o laboral, respectivamente.

3.3.- La naturaleza jurídica de la relación jurídica de empleo público administrativa-funcionarial en la Constitución de 1978.

De una primera lectura, apresurada y superficial, del texto constitucional podríamos llegar a la conclusión de que la Norma Magna, en su artículo 103.3, consagra la clásica naturaleza jurídica unilateral o estatutaria de la relación jurídica funcional (114), en contraposición a la naturaleza jurídica, tradicionalmente contractual, del resto de las relaciones jurídico-laborales privadas que se dan en el actual sistema de relaciones laborales y cuya regulación remite la Constitución, en su artículo 35.2, a una ley.

A esta, para nosotros, errónea conclusión parece llegar la mayoría de la doctrina administrativista española (115), para la que la Constitución opta, respecto al régimen jurídico del personal funcionario y, en general, del personal con vínculo jurídico-administrativo, por la concepción clásica de una función pública estatutaria, sin admitir criterios "laboralizadores" para este colectivo de trabajadores de las Administraciones Públicas.

Pero de un detenido análisis de los principios básicos que informan nuestra Norma Fundamental, así como de un estudio sistemático de la misma, podemos deducir unas conclusiones totalmente opuestas sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo público

administrativa-funcionarial.

3.3.1.- Principios constitucionales.

El artículo 1º.1 de la Constitución, además de definir el nuevo sistema jurídico-político de España como un Estado social y democrático de derecho, establece los valores superiores que han de impregnar todo el ordenamiento jurídico que regule las relaciones socio-político-económicas del pueblo español: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, valores que son, por otro lado, el contenido esencial y consecuente de ese nuevo sistema constitucional surgido en 1978 y que tienen su proyección posterior en el texto constitucional (116), valores que son tan consustanciales al propio sistema constitucional, que sin ellos no se concibe ese Estado social y democrático de derecho.

Es, pues, este artículo 1º.1 de la Constitución un compendio, desarrollado en los restantes preceptos

constitucionales, de los principios básicos que informan nuestro ordenamiento jurídico, prestando a éste su sentido propio y presidiendo toda su interpretación y aplicación (117), y, como tal, tendremos que acudir permanentemente al mismo para, a modo de espejo, constatar si nuestro comportamiento socio-político-económico se refleja o no en dichos principios.

Pues bien, la regulación legal de la relación jurídica funcional, como la de cualquier otra parcela del ordenamiento jurídico, ha de adecuarse a estos principios básicos para que podamos considerarla propia de un Estado social y democrático de derecho.

En este sentido, difícilmente se compagina con ese Estado social y democrático una regulación jurídica unilateral, estatutaria o autoritaria de la relación jurídica funcional, en la que tan sólo cuenta, para constituirse válidamente, la voluntad de una de las dos partes de la relación jurídica, la de la Administración Pública (118), careciendo de relevancia jurídica la voluntad de la otra parte, la del trabajador público funcionario.

Asimismo, pugna con esa concepción social y

democrática del Estado un sistema jurídico autoritario que regule la relación jurídica administrativa-funcionarial, toda vez que consagra situaciones de desigualdad de las partes, de superioridad o prepotencia de una de ellas respecto a la otra, y que, por otro lado, adolece de, al menos, tres de esos principios que, como anteriormente hemos visto, la Constitución establece como "valores superiores" del ordenamiento jurídico: la libertad, la igualdad y la justicia.

En efecto, el principio de libertad, que ha de presidir toda relación de trabajo, está ausente en el régimen jurídico autoritario, al no tener una de las partes de la relación jurídica, el trabajador de las Administraciones Públicas funcionario, margen alguno para pactar con su empleador sus condiciones de trabajo, por venir ya todas establecidas estatutariamente, sin posibilidad alguna de ser modificadas.

El principio de igualdad quiebra asimismo en este sistema jurídico autoritario, toda vez que, por un lado, consagra situaciones de desigualdad de las partes, como hemos señalado anteriormente, y, por otro, otorga un tratamiento jurídico diferenciado -administrativo y laboral- a dos colectivos de trabajadores de la misma

entidad empleadora, esto es, de las Administraciones Públicas, que tienen idénticas condiciones laborales de hecho, lo que conlleva siempre una discriminación restrictiva de derechos para uno de ellos respecto del otro, cuando, precisamente, el carácter social de todo Estado contemporáneo le impone, por mandato del principio de igualdad, ampliar la protección social a quienes socialmente tienen una condición semejante (119).

Finalmente, el principio de justicia también falta en esta regulación unilateral de la relación jurídica de empleo público administrativo-funcionarial como consecuencia lógica y congruente de la quiebra de los principios de libertad e igualdad: sin libertad ni igualdad no puede haber justicia (120).

Como acertadamente señala ORTEGA, el caso de los funcionarios públicos es uno de los índices en los que se puede medir con mayor claridad las tendencias autoritarias de un Estado. Así, cuando éste, para funcionar, más despoje a los funcionarios de los derechos comunes a los demás ciudadanos, habrá asumido indudablemente principios autoritarios, y, viceversa, la calificación de democrático que pretenda un Estado le obliga a actuar dentro del máximo respeto a los derechos individuales (121).

Igualmente, la calificación de un Estado como democrático y como social le obliga a aceptar una mayor participación de los funcionarios, al igual que del resto de los trabajadores, en la elaboración de las normas que van a regir su relación de empleo con cualquiera de las Administraciones Públicas, y ello a través del ejercicio verdadero de los derechos de sindicación y negociación colectiva.

Por todo ello, consideramos que nuestra Constitución, como veremos más adelante, propugna un sistema jurídico que regule la relación jurídica funcional de empleo público acorde con ese Estado social y democrático, fundamentado en los principios básicos de libertad, igualdad y justicia, que establece en su artículo 12.1, y ese sistema no puede ser otro que el regulado para el resto de los trabajadores, esto es, el contractual, en el que las dos partes, libremente, en situación de igualdad (122), y de acuerdo con la ley, pactan voluntariamente un negocio jurídico contractual laboral, por el que estipulan sus condiciones de trabajo, negocio jurídico en el que tiene su base la relación jurídica de empleo público administrativa-funcional, al igual que cualquier otra relación jurídica de trabajo, y del que emanan unos derechos y unas

obligaciones para ambas partes.

3.3.2.- Análisis sistemático.

En un detenido análisis de nuestra Norma Fundamental observamos que la misma distingue nitidamente la doble relación jurídica que puede coexistir paralelamente entre ciertos funcionarios públicos y la Administración Pública, esto es, la relación orgánica y la relación de servicio.

Así, consideramos que lo que la mayoría de la doctrina administrativista española, -quizás enfatizando excesivamente una hipotética situación de supremacía de la Administración Pública sobre el funcionario-, entiende que es una reafirmación por parte de la Constitución del concepto tradicional de una relación jurídica estatutaria de naturaleza unilateral, es decir, la reserva de ley respecto al estatuto de los funcionarios públicos que hace el artículo 103.3, no es más que el reconocimiento constitucional explícito de la relación orgánica que vincula a la Administración Pública a aquellos funcionarios que ejecutan la voluntad administrativa o realizan funciones orgánicas con trascendencia "ad extra" encomendadas directamente por la ley, como parte

integrante de la misma, mientras que la relación de servicio que, paralelamente y en su calidad de trabajador por cuenta ajena, vincula a todo funcionario a esa misma Administración Pública, como verdadera relación jurídico-laboral que es, común al resto de las relaciones jurídico-laborales, viene regulada por la Constitución en el artículo 35.2, que establece la correspondiente reserva de ley respecto al estatuto de los trabajadores.

La denominación de "estatuto" que la Constitución otorga a estas normas es equívoca y puede originar confusión, sobre todo respecto al que se refiere a los funcionarios públicos, dado el concepto que tradicionalmente se ha tenido de la relación funcional como una relación jurídica exclusivamente estatutaria, cuando la relación del funcionario público con la Administración Pública no se agota en esta faceta estrictamente orgánica, sino que hoy día está pacíficamente admitido en la doctrina iuslaboralista, y se va abriendo paso en la administrativista, que el funcionario público, además de parte integrante de la Administración Pública ejecutora de su voluntad, en virtud de la relación orgánica, es un trabajador por cuenta ajena al servicio de esa misma Administración Pública y, como tal, se desarrolla entre ambos otra relación jurídica diferente: la relación

jurídico-funcionarial de empleo público, denominada también relación de servicio, que es idéntica a cualquier otra relación jurídico-laboral.

Es más, no todos los funcionarios públicos desempeñan puestos de trabajo o ejercen funciones que conlleven necesariamente la existencia de la relación orgánica. Más bien, al contrario, sólo un pequeño porcentaje de los mismos son los que desarrollan esta relación jurídico-orgánica con las Administraciones Públicas (123): aquellos que están investidos de "imperium" y ejercen el poder administrativo frente a los ciudadanos o ejercen funciones con trascendencia "ad extra" encomendadas directamente por la ley. Sin embargo, todos los funcionarios públicos se encuentran vinculados a las Administraciones Públicas por una relación jurídica de naturaleza laboral, pues todos realizan una actividad laboral para esas Administraciones Públicas.

En realidad, estos dos estatutos, el de los funcionarios previsto en el artículo 103.3, y el de los trabajadores establecido en el artículo 35.2, ambos de la Constitución, tienen el mismo rango jurídico-positivo, sin que la denominación constitucional de "estatuto" indique, desde una perspectiva técnico-jurídica, un carácter de norma especial en ninguno de ellos, sino que

se trata de dos normas similares a las que la Constitución otorga idéntico rango de ley formal, sin que prevalezca ninguna de ellas sobre la otra y cuyos contenidos están perfectamente delimitados, en función del contexto en el que cada una de ellas se encuentra sistemáticamente ubicada en el texto constitucional, como veremos más adelante.

No hay, pues, por qué mitificar el estatuto de los funcionarios previsto en el artículo 103.3 de la Constitución, como con frecuencia se observa en nuestra doctrina administrativista, y no hacer lo mismo paralelamente con el estatuto de los trabajadores, reconocido también en otro precepto constitucional, el artículo 35.2, con una reserva de ley (124), con idéntica denominación y con el mismo rango jurídico, sino que a ambos hay que darle el carácter único de ley formal, que es el que les otorga la Constitución.

La propia estructura técnico-formal de los artículos 103 y 35 de la Constitución permiten fundamentar al más alto nivel jurídico-positivo las aseveraciones anteriores.

En efecto, el artículo 103 se encuentra ubicado en el Título IV de la Constitución, dedicado expresa y

exclusivamente a la regulación constitucional del Gobierno y de la Administración, lo que indica claramente que cuando el legislador constituyente hace en este precepto la reserva de ley respecto del estatuto de los funcionarios públicos, lo hace sólo en tanto en cuanto éstos constituyen un órgano de esa Administración, investido de poder administrativo, esto es, el órgano ejecutor de la voluntad de la Administración Pública frente al administrado, como asimismo hace la reserva legal de otros aspectos de la función pública que inciden de manera directa en la condición de parte integrante de esa Administración Pública que, en virtud de la relación orgánica, tienen los funcionarios públicos que ejercen el poder administrativo. Y es, precisamente, el contenido de esa relación orgánica el que ha de regular el estatuto de los funcionarios públicos al que se refiere este precepto.

El artículo 103, por otro lado, está conformado por tres párrafos, que se refieren estrictamente a diversos aspectos de la Administración Pública, y solamente en este contexto hay que entender el que el tercero de estos párrafos del precepto trate de los funcionarios públicos, es decir, lo hace exclusivamente en la medida en que son miembros, en virtud de la relación orgánica, de esa Administración Pública, y no en

cuanto trabajadores que, igual y paralelamente, son de la misma, como consecuencia de la relación de servicio.

Por su parte, el artículo 35 se encuentra ubicado en el mismo capítulo II (Derechos y deberes) del Título I (De los derechos y deberes fundamentales) que establece, por un lado, el principio de igualdad ante la ley (artículo 14), y, por otro, el reconocimiento de los derechos colectivos de sindicación (artículo 28.1), huelga (artículo 28.2) y negociación colectiva (artículo 37.1), para todos los trabajadores, incluidos, obviamente los de las Administraciones Públicas, funcionarios o laborales, datos todos estos que avalan la interpretación lógica y coherente de que el constituyente ha querido otorgar a los funcionarios públicos, en cuanto trabajadores que son, idéntico tratamiento legal que al resto de los mismos, independientemente de su calificación jurídico-positiva de públicos o privados, y, en consecuencia, ha querido incluirlos en este artículo 35.

Y ello es así, además, por imperativo del principio constitucional de igualdad, toda vez que una parte sustancial e importante de sujetos de esta misma relación jurídica de empleo público ya está pacíficamente incluida, sin objeción jurídica alguna, en la regulación

del artículo 35: el personal con vínculo jurídico-laboral al servicio de las Administraciones Públicas. ¿Por qué, entonces, excluir al resto del personal que trabaja para las mismas Administraciones Públicas, haciendo exactamente idéntico trabajo que el colectivo incluido, cuando la propia Constitución no lo excluye? Obviamente, al excluir de la regulación del artículo 35 a este colectivo de trabajadores, además de ir en contra del espíritu del precepto constitucional, se está conculcando expresamente el principio de igualdad, principio catalizador del mismo sistema democrático, como analizaremos más detalladamente en el próximo capítulo del presente trabajo.

Pero es que, además, el artículo 35, al regular el deber de trabajar, el derecho al trabajo, la libre elección de profesión u oficio..., es decir, al regular lo relativo al trabajo y los trabajadores, se refiere a "todos los españoles", sin distinguir entre funcionarios públicos y el resto de los trabajadores españoles, por lo que consideramos, una vez más, que el legislador constituyente ha querido incluir en este precepto a los funcionarios públicos, en cuanto trabajadores que realmente son, en virtud de la relación de servicio que les une a las Administraciones Públicas.

Por ello, y como consecuencia lógica, el estatuto de los trabajadores que establece el párrafo 2º del artículo 35 ha de regular, con carácter general, las condiciones laborales mínimas de todos los trabajadores, incluidos los de las Administraciones Públicas (125), y ello con independencia del vínculo jurídico-positivo -administrativo o laboral- que estos últimos tengan asignado en cada caso. Distinto es que, partiendo de esa regulación normativa mínima, se recojan en convenios colectivos las especificidades peculiares de esta relación jurídica de servicio, como de hecho sucede con las restantes relaciones jurídico-laborales, incluidas las existentes en las propias Administraciones Públicas, sin que en ningún caso pierdan por ello esta naturaleza jurídica laboral.

En definitiva, las relaciones de servicio en el empleo público y en el privado son las mismas, pues los empleados del Estado desarrollan la misma actividad que desarrollarían en una empresa privada (126), por lo que no debe entenderse la relación de servicio que vincula a la Administración Pública con sus funcionarios de forma distinta a la relación de trabajo que une a esa misma Administración Pública con su personal laboral y a los restantes empleadores privados con sus respectivos trabajadores, pues esta relación de servicio funcional

es, indiscutiblemente, una verdadera relación laboral más y, como tal, su naturaleza jurídica no puede ser otra que contractual, por lo que su regulación normativa debe ser idéntica a la de las restantes relaciones jurídico-laborales, y para ello nada mejor que incluirla en el citado estatuto de los trabajadores previsto en el artículo 35.2 de la Constitución.

Es, pues, obvio que, al no hacer distinción alguna de los funcionarios públicos respecto al resto de los trabajadores en el Título que a éstos se refiere, y no hay duda de que el constituyente la hubiera hecho en materia tan importante, de haber querido que así fuese, la propia Constitución determina la naturaleza contractual de la relación de servicio del funcionario público, en cuanto relación jurídica de trabajo que es, idéntica a las restantes relaciones jurídico-laborales que se desarrollan tanto en la misma Administración Pública como en las empresas privadas, cuya regulación normativa, mediante un estatuto de los trabajadores, establece en su artículo 35.2 con carácter general, sin perjuicio de que sus peculiaridades específicas puedan ser reguladas, al igual que en las restantes relaciones jurídico-laborales, mediante la negociación colectiva.

Paralelamente, el constituyente incluye en el Título dedicado al Gobierno y a la Administración Pública, la relación orgánica, en tanto que algunos funcionarios públicos son, a la vez, miembros integrantes de la Administración Pública, y esa relación orgánica tiene una regulación unilateral por parte de la Administración Pública y, en consecuencia, su naturaleza jurídica es estatutaria, como lo es toda aquella normativa destinada a establecer la organización y la estructura interna de la propia Administración Pública. El contenido de esta relación orgánica es el que ha de regular el estatuto de los funcionarios que prevé el artículo 103.3.

3.4.- Conclusiones.

De lo analizado anteriormente, referente a la naturaleza jurídica de la relación de empleo público administrativa-funcionarial, podemos obtener algunas conclusiones. Estas pueden ser de dos clases: doctrinales y constitucionales. Veamos brevemente cada una de ellas.

3.4.1.- Doctrinales.

Hemos visto que la doctrina administrativista española se inclina mayoritariamente por la concepción clásica de una relación funcional de naturaleza estatutaria, con algunas excepciones que están abriendo el camino hacia una concepción contractual de la relación jurídica funcional de empleo público (127). Esta mayoría doctrinal favorable a la teoría unilateralista confunde, a nuestro juicio, la relación de servicio y la relación orgánica, que pueden coexistir entre el funcionario público y la Administración Pública, y consideran a ambas como un todo único e indivisible de naturaleza jurídica estatutaria.

Sin embargo, frente a esta concepción doctrinal tradicional de la relación jurídica de empleo público administrativa-funcional, cuyos fundamentos, como hemos observado anteriormente, se encuentran hoy superados en gran parte, nosotros consideramos que entre ciertos funcionarios públicos y la Administración Pública coexisten perfectamente sincronizadas dos relaciones jurídicas, paralelas, pero distintas y de diferente contenido, esto es, la relación de servicio y la relación orgánica, siendo la relación de servicio del funcionario

público una verdadera relación jurídico-laboral y, como tal, de naturaleza jurídica contractual, y la relación orgánica una relación jurídica cuyo contenido es la regulación interna de una parte de la propia Administración Pública, cual es la que se refiere al funcionario público como órgano investido de poder administrativo, y que, en consecuencia, es de naturaleza jurídica unilateral o estatutaria.

Consideramos que, si bien lentamente, la doctrina administrativista terminará aceptando y asumiendo mayoritariamente lo que es una evidencia y hoy no sólo es aceptado, sino abiertamente defendido y propugnado por la doctrina iuslaboralista: que la relación jurídica de servicio del funcionario público es una verdadera relación jurídica laboral, de naturaleza jurídica contractual, a la que hay que dar idéntico tratamiento legislativo que a las restantes relaciones jurídico-laborales, por imperativo del principio constitucional de igualdad, y a la que, por otro lado, no hay que confundir con la otra relación jurídica que coexiste entre algunos funcionarios públicos y la Administración Pública, la relación orgánica.

3.4.2.- Constitucionales.

Hoy día nos encontramos con un sistema funcional profudamente en crisis (128) y ello exige indudablemente una revisión de la concepción tradicional de la relación jurídica funcional, a la luz del nuevo contexto jurídico-político surgido con la Constitución de 1978.

En efecto, de un detenido y sistemático análisis de los principios que inspiran nuestra Constitución, así como de los preceptos concretos de la misma que se refieren directamente a los trabajadores y a los funcionarios públicos, se observa que la propia Norma Fundamental distingue claramente entre el funcionario público-trabajador al servicio de las Administraciones Públicas y el funcionario público-miembro integrante de esas mismas Administraciones Públicas (artículos 35 y 103.3, respectivamente). En otros términos, diferencia la relación jurídica de servicio que existe entre todo funcionario público y las Administraciones Públicas, que es de naturaleza jurídica contractual, al igual que las restantes relaciones jurídico-laborales, y la relación jurídica orgánica, que igualmente se desarrolla entre ciertos funcionarios públicos y las mismas Administraciones Públicas, que es de naturaleza jurídica unilateral o estatutaria.

Nosotros consideramos que ello es así, frente a lo que, a priori, la mayoría de la doctrina administrativista considera que es un puro continuismo constitucional en esta materia y entiende que se trata de la consagración jurídico positiva máxima de la clásica concepción estatutaria o unilateral de la relación jurídica de empleo público administrativa-funcionarial, consagración que esta mayoría doctrinal pretende ver en el párrafo 3º del artículo 103, exclusiva y aisladamente, sin hacer un análisis global e integrador del texto constitucional.

En definitiva, consideramos que en un Estado social y democrático de derecho, y de acuerdo con los valores superiores de libertad, justicia e igualdad, sólo cabe el reconocimiento de los derechos que, como a cualquier ciudadano, corresponden a los funcionarios públicos, comenzando por reconocerlos y admitirlos como trabajadores que son de las Administraciones Públicas, vinculados a ellas por una relación jurídica de naturaleza contractual, y, como tales, otorgarles a nivel individual el mismo tratamiento jurídico-positivo básico que ya se les ha otorgado a otros trabajadores de las mismas Administraciones Públicas (personal con vínculo jurídico-positivo laboral), que es el mismo del que gozan

los restantes trabajadores que se encuentran integrados en el actual sistema de relaciones laborales español, y ello por exigencia imperativa del tan proclamado principio constitucional de igualdad, como, por otro lado, ya tienen reconocido a nivel colectivo (derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva).

Lo anteriormente expuesto es lo que, a nuestro juicio, la propia Constitución propugna nítidamente en sus artículos 35 y 103, en relación con el 14, por lo que esta pauta ha de ser seguida obligadamente por el resto del ordenamiento jurídico español, dada la supremacía de la Norma Fundamental sobre todas las demás y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, que obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales (129).

4.- Reflexión final: dos relaciones jurídicas formalmente diferentes, pero no desiguales.

Desde el punto de vista formal jurídico-positivo, nos encontramos, evidentemente, ante dos relaciones jurídicas diferentes, jurídico-administrativa una y

jurídico-laboral la otra, cada una de ellas regulada por un régimen jurídico distinto, por lo que, en definitiva, el contenido jurídico-positivo y, en consecuencia, los efectos jurídicos que se derivan de cada una de ellas, son, asimismo, distintos.

Sin embargo, en cuanto al contenido básico de estas dos relaciones jurídicas no existen diferencias sustanciales, toda vez que, por un lado, los sujetos de ambas son los mismos, una persona física trabajador y una Administración Pública, y, por otro, las dos relaciones jurídicas persiguen exactamente idéntico objetivo, esto es, dar cobertura jurídica a unas situaciones de hecho exactamente iguales que se producen entre una Administración Pública y una persona física, es decir, regular jurídicamente la misma parcela de la actividad humana: el trabajo humano que se desarrolla entre ambos sujetos.

Pero la persona física-trabajador de esas Administraciones Públicas unas veces es denominada "funcionario" y otras "trabajador" y es precisamente en esa distinta denominación donde estriba, básicamente, la diferencia, toda vez que sólo según sea esa denominación que la Administración Pública le otorgue, muchas veces

arbitraria y caprichosamente, y siempre en función de criterios extrajurídicos, generalmente de naturaleza política, así será la norma jurídica aplicable y, en consecuencia, el vínculo jurídico, administrativo o laboral, que una al trabajador con la Administración Pública, pero, en definitiva, estas dos clases de trabajadores de las Administraciones Públicas, con vínculo jurídico-positivo administrativo uno y con vínculo jurídico-positivo laboral el otro, realizan exactamente idéntico trabajo para el mismo empleador, una Administración Pública.

Además, ambas relaciones jurídicas tienen una naturaleza jurídica contractual, puesto que en ambas se dan las mismas contraprestaciones mutuas, y si las dos relaciones jurídicas tienen los mismos sujetos e idéntico contenido básico, como hemos señalado antes, la naturaleza jurídica de ambas tiene que ser necesariamente la misma, esto es, contractual. Y esta naturaleza jurídica contractual está admitida pacíficamente, tanto por el derecho positivo como por la doctrina científica, en lo que respecta a la relación jurídica laboral, y, en cuanto a la relación jurídica funcionarial, también va tomando consistencia esta tesis, si bien sólo en la doctrina científica y de forma más polémica, aunque, a nuestro juicio, como hemos observado anteriormente, es

obvio que entre el funcionario público, en cuanto trabajador que es, y una Administración Pública existe una relación jurídica contractual, que es distinta a la relación orgánica que, paralelamente, se desarrolla entre algunos funcionarios públicos investidos de poder administrativo y las Administraciones Públicas, que tiene naturaleza jurídica estatutaria.

Por todo ello, consideramos que no existe justificación objetiva ni razonable para el mantenimiento de esa duplicidad de regímenes jurídicos que regulan la misma actividad humana y que producen efectos jurídicos diferentes, lo que pugna, indiscutiblemente, de manera directa con el derecho a la igualdad, esto es, a tener el mismo tratamiento jurídico cuando las situaciones de hecho sean sustancialmente iguales, lo que sucede, sin lugar a duda alguna, en el presente caso.

Así pues, en base a todos los razonamientos anteriores, afirmamos que la relación jurídica funcional de servicio y la relación jurídica laboral que, de forma irrazonable e injustificada, coexisten en el ámbito de las Administraciones Públicas para regular la misma parcela de la actividad humana, la actividad laboral, son dos relaciones jurídicas diferentes exclusivamente desde el punto de vista jurídico-positivo,

pero sustancialmente iguales en cuanto al contenido y naturaleza jurídica de las relaciones, por lo que estimamos que sería jurídicamente más correcto, y más en consonancia con el derecho a la igualdad de trato consagrado en nuestra Constitución, otorgar el mismo tratamiento jurídico-positivo a todas las situaciones fácticas que ambas relaciones jurídicas regulan, que, en definitiva, son sustancialmente iguales.

NOTAS

(1) Informe de la O.I.T. sobre Procedimientos para la determinación de las condiciones de trabajo en el servicio público, en Documentación Administrativa nº 164 (1975), pg. 172.

(2) BAENA DEL ALCAZAR, Curso de Ciencia de la Administración, Vol. I, Madrid, 1985, pgs. 26 y 27.

(3) ORTIZ DIAZ, Las nuevas bases del derecho de la organización administrativa, Málaga, 1971, pg. 42.

(4) BAENA DEL ALCAZAR, op. cit., pag. 24.

(5) Vid. BAENA DEL ALCAZAR, op. cit., pgs. 24 y ss.

(6) ENTRENA CUESTA, Curso de Derecho Administrativo, Vol. II, Madrid, 1982, pg. 275.

(7) Vid. LOPEZ GANDIA, Las relaciones colectivas en el empleo público y la Constitución española, en

Revista de Derecho Público nº 83 (1981), pgs. 397 y ss.; vid., también, BAENA DEL ALCAZAR, op. cit., pgs. 445 y ss.

(8) BAENA DEL ALCAZAR, op. cit., pg. 27.

(9) Vid, por ejemplo, el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

(10) Vid. BAENA DEL ALCAZAR, op. cit., pgs. 238 y 239.

(11) Vid. BAENA DEL ALCAZAR, op. cit., pgs. 237 y ss.

(12) BAENA DEL ALCAZAR, op. cit., pg. 238.

(13) Vid. ROEHRSEN, Lo statuto dei lavoratori e il rapporto di pubblico impiego, en Rivista di Diritto del lavoro, nº4 (1971), pg. 458.

(14) ALONSO OLEA, Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas, en V V.A A., Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí, Madrid, 1989, pg. 52.

(15) Vid. AUBY y DUCOS-ADER, Institutions administratives, París, 1973, pg. 192, quienes lo denominan "preocupaciones contingentes".

(16) SALA FRANCO, La libertad sindical y los empleados públicos (Un estudio de derecho italiano), Sevilla, 1972, pg. 122.

(17) Dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1960.

(18) PLA RODRIGUEZ, Curso de Derecho Laboral, Tomo I, Vol. I, Montevideo, 1979, pg. 97.

(19) RODRIGUEZ-PIÑERO, El principio de igualdad y las relaciones laborales, en Revista de Política Social nº 121 (1979), pg. 390.

(20) PLA RODRIGUEZ, op. cit., pg. 99.

(21) Vid. GIANNINI, Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato, (trasmeso alle Camere il 16 novembre 1979), en Rivista trimestrale di Diritto Pubblico, nº 3 (1982), pg. 738. Una traducción castellana de este informe puede verse en Documentación

Administrativa nº 186 (1980), pgs. 207 y ss.

(22) AUBY y DUCOS-ADER, op. cit., pag. 194.

(23) Vid., por todos, ORTEGA, Los derechos sindicales de los funcionarios públicos, Madrid, 1983, entre los administrativistas, y SALA FRANCO, op. cit., entre los iuslaboralistas.

(24) Vid., por todos, OJEDA AVILES, Derecho Sindical, Madrid, 1980.

(25) OJEDA AVILES, op. cit., pg. 114; ORTEGA, op. cit., pg. 95.

(26) Además de los autores citados en la nota anterior, vid., entre otros, MARTIN VALVERDE, El derecho de huelga en la Constitución de 1978, en Revista de Política Social nº 121 (1979), pg. 230; MONTOYA MELGAR, Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral, en Revista de Política Social nº 121 (1979), pg. 324; OJEDA AVILES, La libertad sindical, en Revista de Política Social nº 121 (1979), pg. 362.

(27) Vid., entre otros administrativistas, ORTEGA, op. cit., pgs. 171 y ss.; FERNANDEZ FARRERES,

Sobre la ilegalidad de la "retención de haberes" a los funcionarios públicos con ocasión del ejercicio del derecho de huelga, en Revista de Administración Pública nº 99 (1982), pg. 273, donde afirma que a los funcionarios les asiste actualmente un efectivo derecho de huelga; FUERTES SUAREZ, El derecho de huelga en los funcionarios públicos, en Revista española de Derecho Administrativo nº 24 (1980), pg. 128.

(28) En contra, la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de julio de 1982, fundamentos jurídicos sexto y decimosegundo, aunque admite un minimum el derecho, derivado del de sindicación, de participación de los órganos representativos de los funcionarios en la fijación de las condiciones de empleo (fundamento jurídico noveno). Sin embargo, esta posición del Tribunal Constitucional se encuentra hoy superada por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, por la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical, y por la Ley 9/1987, de 12 de mayo, de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

(29) La sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, en su fundamento jurídico noveno,

establece que el derecho de huelga es coherente con el derecho reconocido a los sindicatos en el artículo 7 de la Constitución, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido. Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1985, en su fundamento jurídico tercero, afirma que resulta cierto que la negociación colectiva es, como ha declarado en reiteradas ocasiones este Tribunal, un medio necesario para el ejercicio de la actividad sindical que reconocen los artículos 7 y 28.1 de la Constitución.

(30) MARTIN VALVERDE, op. cit., pgs. 230 y 231.

(31) RODRIGUEZ-PIÑERO, Mesa redonda celebrada en Sevilla el 27-11-85, sobre los derechos colectivos en la Función Pública, en Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social nº 5 (1985), pg. 76; asimismo, OJEDA AVILES, La negociación colectiva de los funcionarios públicos y la entrada en vigor del Convenio internacional nº 151 de la O.I.T., en Relaciones Laborales nº 11 (1985), pgs. 26 y ss., quien se pronuncia claramente a favor de una "negociación colectiva estricta", como consecuencia de la aplicación en España del Convenio nº 151 de la O.I.T.

(32) Vid. ORTEGA, op. cit., pg. 182.

(33) Artículo 7 de la Ley de funcionarios civiles del Estado, de 7 de Febrero de 1964.

(34) "El Gobierno procederá también a racionalizar las plantillas del personal laboral a través de los instrumentos establecidos en el artículo anterior... coherentemente con el proceso de racionalización de los cuerpos y escalas de funcionarios".

(35) Vid. nota 28.

(36) Vid. SALA FRANCO, Mesa redonda celebrada en Sevilla el 27-11-85... cit., pg. 67.

(37) Vid. un examen general crítico de esta ley en GARRIDO FALLA, Reformas de la Función Pública, Madrid, 1985; asimismo en sentido crítico, T.R. FERNANDEZ RORIGUEZ, Les réformes de la Fonction Publique en France et en Espagne, en Revue française d'Administration Publique nº 38 (1986), pgs. 273 y ss.; PARADA VAZQUEZ, Derecho Administrativo (organización y empleo público), Madrid, 1987, pgs. 311 y ss.

(38) Vid. DESDENTADO BONETE, Mesa redonda celebrada en Sevilla el 27-11-85... cit., pgs. 71 y 100.

(39) Vid., entre otros textos legales, la derogada Ley de contrato de Trabajo, artículo 5; Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, de 13-6-80, artículo 12.1; Ley Básica de Empleo, de 8-10-80, artículo 42.5.

(40) MAIRAL JIMENEZ, M., Las reglamentaciones u ordenanzas laborales y los convenios colectivos de trabajo y su aplicación al personal laboral de las Corporaciones Locales, en Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga nº 2 (1980), pg. 128.

(41) Hoy día es práctica generalizada en el ámbito laboral negociar, partiendo de las condiciones mínimas reconocidas para todos los trabajadores en la normativa general, las condiciones específicas para cada colectivo homogéneo de los mismos, y, así, partiendo del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo), como norma básica que contiene las condiciones mínimas para todos los trabajadores por cuenta ajena, cada colectivo homogéneo de éstos (banca, hostelería, educación, construcción, minería, etc.) negocia sus

condiciones peculiares específicas. Pues bien, el colectivo de trabajadores de las Administraciones Públicas, con independencia del vínculo jurídico concreto de cada uno de ellos, podría ser uno más de ese elenco que, partiendo de las mismas condiciones laborales básicas y mínimas que los demás trabajadores, negocie sus condiciones específicas de trabajo, negociación en la que se recogerían sus propias peculiaridades. De hecho, esto sucede ya respecto a los trabajadores de las Administraciones Públicas con vínculo jurídico laboral, por lo que habría que unificar este criterio para todos los trabajadores públicos.

(42) Publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 52, de 5 de julio de 1988.

(43) Vid. RODRIGUEZ-SAÑUDO, Personal al servicio de la Administración. Delimitación de la relación laboral frente a la relación jurídico-administrativa: criterios diferenciadores, en Revista de Política Social nº 95 (1972), pg. 306.

(44) Sentencia Tribunal Supremo de 27-12-84.

(45) Sentencia Tribunal Supremo de 24-9-85.

- (46) Sentencia Tribunal Supremo de 17-12-85.
- (47) Sentencia Tribunal Supremo de 10-3-86.
- (48) Sentencia Tribunal Supremo de 22-11-82.
- (49) Sentencia Tribunal Supremo de 21-12-83.
- (50) Sentencia Tribunal Supremo de 24-9-85.
- (51) Sentencia Tribunal Supremo de 13-12-85.
- (52) Sentencia Tribunal Supremo de 10-3-86.
- (53) Sentencia Tribunal Supremo de 2-4-87.
- (54) RODRIGUEZ-SAÑUDO, op. cit., pg. 306.
- (55) Sentencia Tribunal Supremo de 13-12-85.
- (56) Sentencia Tribunal Supremo de 17-12-85.
- (57) Sentencia Tribunal Supremo de 10-3-86, que, a su vez, cita otras varias sentencias apoyando esta afirmación: de 27-3-84, 13-4-84, 23-1-85, 20-6-85, 22-10-85 y 24-10-85, entre otras.

(58) Sentencia Tribunal Supremo de 2-4-87.

(59) Sentencia Tribunal Supremo de 24-9-85.

(60) Sentencia Tribunal Supremo de 13-12-85.

(61) Vid. BAYON CHACON, El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo, en Revista de Política Social nº 71 (1966), pgs. 5 y ss.

(62) PLA RODRIGUEZ, op. cit., pg. 99; vid. también, en este sentido, CAMERLYNCK y LYON-CAEN, Droit du Travail, París, 1965, pg. 16.

(63) Además de los importantes trabajos citados por SALA FRANCO en La libertad sindical... cit., pg. 101, pueden verse los siguientes: ROEHRSEN, op. cit., pg. 456; LEVI-SANDRI, Statuto dei lavoratori ed enti pubblici, en Rivista di Diritto del Lavoro, nº 3-4 (1972), pg. 318; SCOGNAMIGLIO, Diritto del Lavoro. Bari, 1972, pgs. 179 y ss.; RUSCIANO, L'impiego pubblico in Italia, Bologna, 1978, pgs. 313 y ss.; DE FELICE, L'assunzione senza concorso nel settore pubblico, en Rivista italiana di Diritto del Lavoro, nº 3 (1986), pgs. 600 y ss.

(64) GIANNINI, Rapporto sui principali problemi... cit., pg. 739; PERLINI, Contrattazione collettiva e "parastato": natura giuridica del Decreto del Presidente della Repubblica che recepisce gli accordi sindacali, en Rivista trimestrale di Diritto Pubblico, nº 1 (1979), pgs. 69 y ss.

(65) Vid. SIMI, La "legge quadro del pubblico impiego" di fronte alla Costituzione, en Rivista italiana di Diritto del Lavoro, nº 1 (1985), pgs. 59 y ss.

(66) Vid., entre otros, GAZIER, La Fonction Publique dans le monde, Paris, 1972, pg. 232; ROBERT-DUVILLIERS y PAUTI, Remunerations et avantages sociaux dans la Fonction Publique, Paris, 1975, pg. 10; AYOUB, La Fonction Publique, Paris, 1975, pg. 12; SAINT-JOURS, Les relations du travail dans le secteur public, Paris, 1977.

(67) Vid. GREGOIRE, La Función Pública en Francia, Madrid, 1964; SAINT-JOURS, La pénétration du Droit du Travail dans la Fonction Publique, en VV.AA., Tendances du Droit du Travail français contemporain, Paris, 1978, pgs. 231 y ss.

(68) Vid. PEREZ BOTIJA, Los funcionarios alemanes celebran un convenio colectivo de trabajo con el Estado, en Documentación Administrativa nº 43 (1961), pg. 20.

(69) Vid. el uruguayo PLA RODRIGUEZ, op. cit., pgs. 97 y ss., quien se muestra partidario de esta tendencia equiparadora. En la nota 126 hace referencia, en este sentido, a las conclusiones de la Comisión IV, sobre contrato de trabajo con personas de Derecho Público, del IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, celebrado en Sao Paulo en septiembre de 1972, y de la Comisión I, sobre situación laboral de los servidores públicos, del VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, celebrado en Caracas en noviembre de 1977, en las que se constata esta tendencia de la doctrina latinoamericana. Asimismo, en notas siguientes, cita a diversos autores, administrativistas y iuslaboralistas, de países iberoamericanos, proclives a esta equiparación normativa.

Vid., también, el mexicano SANCHEZ ALVARADO, El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo, en Revista de Política Social nº 71 (1966), pg. 183.

(70) Vid. SANCHEZ ALVARADO, op. cit., pgs. 183 y ss.; vid., también al respecto, el trabajo más reciente de NIETO GUERRERO, La fonction publique mexicaine et ses évolutions récentes, en Revue française d'Administration Publique nº 38 (1986), pgs. 305 y ss.

(71) RODRIGUEZ-PIÑERO, La relación laboral de los empleados públicos, tesis doctoral inédita, Sevilla, 1959, pg. 312.

(72) Vid. SALA FRANCO, op. cit., pg. 118; también, ORTEGA, op. cit., pgs. 22 y 42 y ss.

(73) DE LA VILLA, Sobre personal no funcionario al servicio de la Administración Pública, en Documentación Administrativa nº 54 (1962), pg. 21.

(74) CABRERA BAZAN, Límites materiales y formales al ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo, en Revista de Política Social nº 71 (1966), pg. 39.

(75) CABRERA BAZAN, op. cit., pg. 52.

(76) BAYON CILCON, op. cit., pg. 27.

(77) MARTIN VALVERDE, El concepto de trabajador

por cuenta ajena en el Derecho individual del trabajo y en Derecho de la Seguridad Social, en Revista de Política Social nº 71 (1966), pg. 78.

(78) MONTOYA MELGAR, El ámbito personal del Derecho del Trabajo, en Revista de Política Social nº 71 (1966), pg. 92.

(79) ALONSO OLEA, Prólogo al libro de PARADA VAZQUEZ, Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos, Madrid, 1968, pg. 17.

(80) ALONSO OLEA, Los límites de la aplicación... cit., pg. 52.

(81) ALONSO GARCIA, M., Curso de Derecho del Trabajo, Barcelona, 1980, pg. 75.

(82) SALA FRANCO, La libertad sindical... cit., pg. 118.

(83) SALA FRANCO, Mesa redonda celebrada en Sevilla el 27-11-85... cit., pg. 66.

(84) CASTIÑEIRA, La tutela de la profesionalidad del trabajador, la formación y readaptación profesionales

y el estatuto de los trabajadores, en Revista de Política Social nº 121 (1979), pgs. 137 y ss.

(85) Vid., por todos, T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, La organización territorial del Estado y la Administración Pública en la nueva Constitución, en Lecturas sobre la Constitución, I, UNED, 1978, pgs. 365 y ss.

(86) PARADA VAZQUEZ, Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos, Madrid, 1968, pgs. 26 y 27.

(87) ORTEGA, op. cit., pgs. 24 y ss.

(88) ORTEGA, op. cit., pg. 43.

(89) CAMERLYNCK y LYON-CAEN, op. cit., pg. 16.

(90) Vid. ORTEGA, op. cit., pg. 27.

(91) SALA FRANCO, La libertad sindical... cit., pg. 18.

(92) GUAITA, Funcionario público, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Vol. X, 1960, pg. 505, citado por SALA FRANCO en op. cit. en nota anterior, pg. 18.

(93) Un examen crítico de la teoría unilateralista o estatutaria puede verse en ORTEGA, op. cit., pgs. 27 y ss.

(94) ORTEGA, op. cit., pgs. 27 y ss.

(95) Vid., por todos, T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, La organización territorial... cit., pgs. 365 y ss.

(96) ORTEGA, op. cit., pg. 38.

(97) Vid. SUAREZ GONZALEZ, El origen contractual de la relación jurídica de trabajo, en Cuadernos de Política Social nº 48 (1960), pgs. 116 y ss.

(98) CABRERA BAZAN, Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico, Madrid, 1982, pg. 57.

(99) CABRERA BAZAN, Contrato de trabajo... cit., pg. 60.

(100) Vid. DIEZ-PICAZO, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Madrid, 1970, pgs. 221 y ss.

(101) En este mismo sentido, vid. ORTEGA, op.

cit., pg. 35.

(102) Vid. SALA FRANCO, La libertad sindical...
cit., pg. 28. Este autor se muestra partidario de la
teoría unilateralista.

(103) DIEZ-PICAZO, op. cit., pg. 88.

(104) GULLON BALLESTEROS, Curso de Derecho Civil.
El negocio jurídico, Madrid, 1969, pg. 18.

(105) BETTI, Teoría general del negocio jurídico,
traducción española de Martín Prieto, Madrid, s.f., pg.
58.

(106) DIEZ-PICAZO, op. cit., pg. 89.

(107) En contra, vid. SALA FRANCO, La libertad
sindical... cit., pgs. 28 y ss.

(108) Vid. SALA FRANCO, La libertad
sindical... cit., pg. 30.

(109) Sentencia Tribunal Constitucional de

11-6-87.

(110) Vid., entre otros, ORTEGA, op. cit., pgs. 47 y ss.; OJEDA AVILES, La negociación colectiva de los funcionarios... cit., pg. 35; RODRIGUEZ-PIÑERO, La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Ley 9/1987, en Relaciones Laborales nº 20 (1987), pg. 8.

(111) ORTEGA, op. cit., pg. 37.

(112) Véanse las Ofertas públicas de empleo desde el año 1985, tanto de la Administración Central, como de las Corporaciones Locales, para constatar esta aseveración.

(113) En el mismo sentido, vid. OJEDA AVILES, El empleo temporal en las Administraciones Públicas (Una aproximación unitaria), en Revista española de Derecho Administrativo nº 56 (1987), pg. 501.

(114) En el mismo sentido, vid. ORTEGA, op. cit., pg. 44.

(115) Vid., entre otros, T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, La organización territorial... cit., pgs. 365 y ss.; MUÑOZ MACHADO, Sobre la burocracia de las Comunidades Autónomas, en Documentación Administrativa nº 182 (1979), pg. 102.

(116) GONZALEZ SALINAS, La protección jurisdiccional del principio de igualdad, en Revista española de Derecho Administrativo nº 36 (1983), pg. 75.

(117) GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1980, pg. 115.

(118) Vid. ORTEGA, op. cit., pg. 28.

(119) RODRIGUEZ-PIÑERO, La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo, en Revista de Política Social nº 71 (1966), pg. 163.

(120) Vid. DEL REY GUANTER, La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo, en Relaciones Laborales nº 6 (1988), pg. 39.

(121) ORTEGA, op. cit., pg. 50.

(122) Ya veíamos anteriormente -notas 97, 98 y 99- que la libertad y la igualdad absolutas de las partes no se dan en ningún contrato.

(123) Vid. ORTEGA, op. cit., pg. 43.

(124) SALA FRANCO, Mesa redonda celebrada en Sevilla el 27-11-85... cit., pag. 77.

(125) Vid. CASTIÑEIRA, op. cit., pgs. 137 y ss.

(126) GIANNINI, Rapporto sui principali problemi... cit., pg. 738.

(127) De estas excepciones a la concepción predominante en la doctrina administrativista española sobresale ORTEGA, op. cit., quien propugna abiertamente la laboralización de la relación jurídica de servicio del funcionario público.

(128) Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO, Mesa redonda celebrada en Sevilla el 27-11-85... cit., pg. 76.

(129) GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, op. cit., pgs. 112 y ss.

CAPITULO SEGUNDO

**LA IGUALDAD DE TRATAMIENTO JURIDICO Y
EL EMPLEO PUBLICO.**

1.- Introducción.

2.- La igualdad en la Constitución de 1.978.

2.1.-La igualdad principio constitucional.

2.1.1.-Igualdad formal e igualdad sustancial.

2.2.-La igualdad derecho subjetivo.

2.2.1.-El derecho a la igualdad de trato.

2.2.1.1.-Igualdad ante la ley.

2.2.1.2.-Igualdad en la ley.

2.2.1.3.-Igualdad en la aplicación de la
ley.

3.- La igualdad en el empleo público.

3.1.-La igualdad principio constitucional y el empleo
público.

3.2.-La igualdad derecho subjetivo y el empleo público.

3.3.-La igualdad y el empleo público en la Constitución de 1.978.

3.4.-La doctrina del Tribunal Constitucional referente a la igualdad en el empleo público.

1.- Introducción.

La igualdad fue junto con la libertad el gran logro de la revolución francesa (1). Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit (2). Se pasa del sistema de servilismo feudal y de esclavitud del antiguo régimen a un sistema de libertades e igualitarismo, de un estado absolutista y déspota a un estado de derecho, convirtiéndose de esta forma la igualdad en uno de los presupuestos incuestionables del estado democrático de derecho (3). De ahí que hoy día la igualdad se defiende incansablemente en los países con sistemas políticos democráticos como premisa consustancial e inherente al mismo sistema democrático, habiéndose constituido en uno de los índices definitivos para medir la mayor o menor democraticidad de un sistema político.

Es, pues, el principio jurídico de igualdad uno de los pilares estructurales del estado moderno, configurándose como uno de los fundamentos del contemporáneo constitucionalismo europeo hasta el punto

de que la afirmación de que todos los ciudadanos son iguales ante la ley aparece casi como cláusula de estilo no sólo en las constituciones del siglo XIX, sino también en las más recientes (4), sin que la nuestra de 1978 sea una excepción.

Pero, a pesar de todo ello, es difícil obtener una noción de igualdad con validez universal. En efecto, el concepto de igualdad no es absoluto, sino que se encuentra mediatizado tanto por el momento histórico concreto en que se considera una materia, como por la materia misma a considerar.

Así, según el tiempo concreto en que se analice una materia ésta será más igual o menos igual en función de los criterios que al respecto imperen en ese momento histórico y, por otro lado, al no existir parámetros homologables para todas las materias, los matices de la igualdad o desigualdad que se consideran no son exactamente idénticos, sino que variarán en función de la materia concreta analizada desde el prisma de la igualdad.

Asimismo, para poder enunciarse el concepto de igualdad se requiere un elemento de comparación respecto al cual pueda establecerse una igualdad o una

desigualdad. Nos encontramos, pues, con un concepto que es relativo y relacional (5).

Por ello, consideramos de suma importancia establecer una noción de igualdad, siquiera sea sólo como instrumento de trabajo, que, en principio, sea aceptable en este contexto histórico concreto español, y para ello nada mejor que analizar las manifestaciones del principio de igualdad que aparecen en la Constitución, que, como norma fundamental que es, marca la pauta que ha de ser seguida obligadamente por el resto del ordenamiento jurídico (6). De esta forma, teniendo una noción constitucional de la igualdad nos encontraremos con una noción válida para nuestra actual circunstancia histórica y jurídica.

Pero esta igualdad que consagra nuestra Constitución se manifiesta con diversos matices en el texto constitucional. No pretendemos en este trabajo hacer un estudio exhaustivo ni agotar nuestra investigación sobre este decisivo principio jurídico, por lo que, una vez elaborada una noción de igualdad en base a los criterios constitucionales, analizaremos aquellas manifestaciones de la misma que nos son de utilidad para nuestro estudio, con lo que, establecidas las premisas metodológicas necesarias, podremos centrar, finalmente,

el principio de igualdad en el empleo público, que es nuestro objetivo prioritario en el presente trabajo.

2.- La igualdad en la Constitución de 1978.

La Constitución postula una transformación social que no parece reducirse sólo a una modificación de las estructuras productivas, sino de todas las estructuras económicas y sociales, adoptando una postura combativa frente a todas las situaciones de desigualdad y frente a las causas que provocan esas situaciones (7). Es, pues, claro que la igualdad constituye uno de los principios básicos en los que se fundamenta nuestra Constitución y que la consecución real de esa igualdad se convierte en un objetivo dinámico prioritario de la misma, para, de esta forma, lograr una sociedad verdaderamente democrática.

Que la igualdad es un principio especialmente protegido por la Constitución de 1978 se constata fácilmente con una simple lectura del texto constitucional. En efecto, desde su artículo primero se percibe esa especial sensibilidad igualatoria del constituyente, dirigida sobre todo hacia los más

discriminados de la sociedad. Se observa, por decirlo con RODRIGUEZ-PINERO, que la Constitución está impregnada de una preocupación especial por luchar contra las desigualdades económicas y sociales, por la instauración de la igualdad real (8).

La igualdad, como hemos señalado anteriormente, se manifiesta en el texto constitucional de diversas formas, de las que a nosotros nos interesan especialmente dos: la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, en su doble aspecto de igualdad formal e igualdad material, real o sustancial, y la igualdad como derecho subjetivo del ciudadano, en especial la variante concreta de este derecho subjetivo que es el derecho a la igualdad de trato jurídico cuando se producen situaciones sustancialmente iguales.

2.1.- La igualdad principio constitucional.

El ordenamiento jurídico que diseña nuestra Constitución es un ordenamiento "principal" (9), esto es, un ordenamiento fundamentado en principios básicos que lo presiden y lo informan, de los cuales unos se encuentran recogidos y definidos como tales en la propia

Constitución (10) y son, en consecuencia, principios constitucionales, y otros no se incluyen en el texto constitucional y son denominados por la doctrina científica principios tradicionales, que no podrán estar nunca en contradicción con los primeros (11).

La igualdad es uno de los principios constitucionales, que tiene su enunciación genérica como tal en el artículo 19.1. de la Constitución, que lo proclama como valor superior del ordenamiento jurídico, y su manifestación específica (12) fundamental en el artículo 14, que es el precepto constitucional que de forma más amplia contiene y preceptúa el principio de igualdad (13), existiendo en el texto de la Norma Fundamental otras múltiples manifestaciones de la igualdad (14).

La igualdad queda, pues, consagrada por la propia Constitución como valor superior que impregna todo el orden constitucional y el orden jurídico con una función reguladora omnicomprendensiva (15), de forma que toda la actividad jurídica que se produzca en la sociedad, ya sea legislativa, ya ejecutora de esa legislación, y ésta última, tanto si la realiza el poder ejecutivo al gobernar, como si la efectúa el poder judicial al aplicar la norma, ha de estar guiada y vinculada por la igualdad

y por los demás valores superiores constitucionales, con total congruencia sustancial, y no sólo formal, con los mismos.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que "la igualdad se configura como un valor superior que se proyecta con una eficacia trascendente, de modo que toda situación de desigualdad... deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma superior, proclama" (16), y asimismo afirma que "la igualdad es un valor preeminente en el ordenamiento jurídico español, al que debe colocarse en un rango central, según dispone el artículo 19.1. de la Constitución" (17).

Es, pues, obvio este carácter preeminente que, como principio rector de todo el orden social, la Constitución asigna a la igualdad y a los demás principios constitucionales, lo que implica que ninguna norma subordinada, y todas lo son respecto a la Constitución, puede desconocerlo y, en consecuencia, todas deberán ser interpretadas y aplicadas a la luz de estos principios (18).

Asimismo la igualdad, como principio constitucional, es punto de referencia obligado a tener

en cuenta permanentemente tanto por los poderes públicos como por los particulares (19) en sus actuaciones, para que pueda predicarse la constitucionalidad o no de las mismas y, en consecuencia, su demccraticidad o no, en función de la correspondencia sustancial de dichas actuaciones con tal principio.

Pero la igualdad en la Constitución de 1978 no es un mero principio^o programático sin efecto jurídico inmediato, que requiera para su eficacia "erga omnes" la "interpositio legislatoris", esto es, la intervención del legislador ordinario con una norma que lo desarrolle, sino que, por el contrario, es posible su alegación directa frente a actos de los poderes públicos que pretendan ignorarlo, y es posible, fundándose en él, la supresión de dichos actos del tráfico jurídico (20).

Y ello no podría ser de otra forma porque, como establece el artículo 52.1 de la Constitución "los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos", y los vinculan de manera directa, por el exclusivo mandato normativo de la Constitución, siendo, en consecuencia, invocables directamente ante los tribunales de justicia, y en su letra y en su espíritu puede fundamentarse tanto el petitum de una demanda, como una sentencia judicial

(21), pues, si bien el citado artículo 53.1 establece a continuación que "sólo por ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades", consideramos que el constituyente no ha querido imponer la obligación de desarrollo legislativo previo del precepto para su eficacia inmediata o aplicabilidad directa, pues ello supondría tanto como supeditar a la voluntad del legislador ordinario la eficacia del mismo, con lo que quedaría sin virtualidad práctica alguna sólo con que el legislador ordinario no desarrollase dicho precepto.

La interpretación correcta, a nuestro juicio, es que el ejercicio de tales derechos y libertades podrá regularse, pero no será obligatorio para su eficacia inmediata, aunque, si se regula, sólo podrá hacerse, necesariamente, por ley, que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial (22). En este sentido, el Tribunal Constitucional señala que "los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos... y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos", salvo aquellos casos "en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable" (23).

Asimismo el párrafo segundo del mismo artículo 53 señala expresamente que "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14...", y prevé para ello un procedimiento especial basado en los principios de preferencia y sumariedad, que se seguirá ante los tribunales ordinarios y, en su caso, a través del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional, lo que podrá hacerse por cualquier ciudadano alegando directamente el artículo 14 de la Constitución, sin que para ello sea preceptivo su desarrollo legislativo previo, y sólo podría ser de esta manera, puesto que al facultar la Constitución a cualquier ciudadano para interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, lo está facultando, paralelamente, de forma expresa para invocar directamente el precepto constitucional que considera vulnerado, toda vez que el Tribunal Constitucional sólo está sujeto a la Constitución y a su Ley orgánica, por lo que, si ha de amparar esos derechos fundamentales, quiere decirse que la norma material del amparo a prestar será la propia Constitución, único parámetro material de sus sentencias (24).

Por otro lado, si el constituyente hubiese querido exigir ese desarrollo legislativo previo del

precepto lo hubiese establecido expresamente, como lo hace en el párrafo tercero del mismo artículo 53, al referirse a la protección de los principios reconocidos en el capítulo III del mismo título I (25), por lo que hay que concluir a este respecto que el no exigirse en el párrafo segundo del artículo 53 la obligatoriedad de desarrollo legislativo previo del artículo 14 para su plena e inmediata eficacia "erga omnes" es porque el constituyente así lo ha querido expresamente, realzando de esta forma la importancia que otorga al principio de igualdad como base entera, junto con los demás principios constitucionales, del ordenamiento jurídico, al que ha de prestar su sentido propio, presidiendo, asimismo, toda su interpretación y aplicación (26).

Así lo entiende el Tribunal Constitucional cuando declara que "el hecho de que nuestra Norma Fundamental prevea en su artículo 53.2 un sistema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14, que se refiere al principio de igualdad, no es sino una confirmación de carácter específico del valor aplicativo, y no meramente programático, de los principios generales plasmados en la Constitución" (27).

Asimismo el Tribunal Constitucional confirma la "aplicabilidad directa por lo que respecta al artículo

14... como ha sostenido de forma reiterada este Tribunal" (28), afirmando más recientemente de forma contundente que "la Constitución es directamente aplicable especialmente en materia de derechos fundamentales" (29), entre los que, obviamente, se encuentra la igualdad.

Así pues, la igualdad, como principio constitucional, tiene una función iluminadora que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico y sobre toda la actividad jurídica de la sociedad, de manera tan intensa que podemos afirmar que se proyecta sobre la sociedad misma, como destinataria última de ese ordenamiento jurídico y de toda actividad jurídica, de modo que toda situación de desigualdad que exista en la sociedad pugna frontalmente con este principio constitucional y, en consecuencia, con la propia Constitución.

De ahí que cualquier actuación de los poderes públicos e, incluso, de los particulares, tenga que ser sustancialmente congruente con dicho principio para que pueda ser calificada como constitucional, pues, en caso contrario, el principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución, como principio autónomo que es y de eficacia jurídica inmediata, actúa de forma directa, pudiendo ser alegado directamente por cualquier ciudadano

frente a toda transgresión del mismo, y pudiendo ser aplicado, igualmente de forma directa, por los Tribunales ordinarios de justicia.

2.1.1.- Igualdad formal e igualdad sustancial.

El principio constitucional de igualdad, enunciado genéricamente en el artículo 19.1 de la Constitución, tiene su formulación formal en el artículo 14 del texto constitucional: "los españoles son iguales ante la ley...", lo que, así expresado, significa que la eficacia de la norma es idéntica para todos los ciudadanos sin entrar en más valoraciones, es decir, se trata de una eficacia uniforme de la ley para todos los ciudadanos por el exclusivo hecho de ser ciudadano.

Ahora bien, si como planteamiento teórico esto es correcto, hay que convenir en que, además de utópico, puede ser erróneo en sus resultados e, incluso, contrario al mismo espíritu de nuestra Constitución, por la sencilla razón de que las situaciones humanas, en cuyo origen se encuentran las desigualdades sociales a las que está destinado este principio jurídico con el objetivo de ponerles remedio, no son uniformes, sino complejas y diferentes entre sí, por lo que, si se miden todas con

idéntico rasero, tendremos, como resultado, el incremento de esas desigualdades sociales. De ahí que la aplicación del principio de igualdad no puede ser "lineal", esto es, igual para todos, sino "progresiva", es decir, hacer un tratamiento desigual a los que inicialmente tienen una situación de desigualdad. De esta manera nos acercamos más a la verdadera igualdad, a la igualdad real, puesto que lo contrario, es decir, aplicar jurídicamente el principio de igualdad pura y simplemente, de manera uniforme, a todas las desigualdades sociales, nos llevaría a resultados contrarios a la misma igualdad, ya que una norma que respete formalmente el principio de igualdad puede tener en sus efectos un resultado discriminatorio (30), o, en otros términos, una ley formalmente igual para todos puede ser materialmente desigualatoria cuando trate uniformemente situaciones muy diferentes (31), lo que, por otro lado, burlaría, evidentemente, el verdadero sentido que la igualdad tiene en nuestra Norma Fundamental.

Por ello, para evitar que ese "desideratum", tan solemnemente proclamado en el artículo 12.1 de nuestra Constitución y formalmente expresado en su artículo 14, se quede exclusivamente en un buen deseo y en bellas palabras y, en consecuencia, dicho precepto constitucional devenga inaplicable en la práctica, al

estar vacío de su verdadero contenido y carecer del sentido exacto que el constituyente quiso darle, la propia Constitución establece un elemento "corrector" materializado en su artículo 9.2, en el que se exige la igualdad real o material, también denominada por la doctrina igualdad sustancial (32), precepto mediante el que se dota al ordenamiento jurídico de un instrumento adecuado que, aplicando un criterio progresivo que, incluso, justifique desigualdades formales, haga efectiva y real esa igualdad consagrada como valor superior en el artículo 19.1 de la Constitución, instando normativamente a los poderes públicos a promover las condiciones para que ello sea posible y a remover los obstáculos que lo impidan o dificulten.

En definitiva, el artículo 9.2 de la Constitución permite justificar desigualdades formales en aras de la consecución de la igualdad real (33), e indica que el valor sustancial de la igualdad no se logra tan sólo con el reconocimiento de la igualdad formal (34), sino que será necesario, incluso, justificar desigualdades formales, también denominadas por la doctrina discriminaciones o desigualdades benignas (35), para conseguir, de esta forma, la verdadera y sustancial igualdad social predicada por la Constitución. Tiene, pues, este precepto un claro valor interpretativo (36) y

no sólo de la igualdad formal, sino también de otras referencias y expresiones utilizadas en el texto constitucional (37).

Asimismo, en base a esta igualdad sustancial, y para corregir diferenciaciones sociales, estarían justificadas intervenciones del legislador que serían, respecto a la justificación de desigualdades formales, razonables, en cuanto que tratarían de crear una nueva igualdad (38), la igualdad real o sustancial, pues, como afirma la Corte Constitucional de la República Federal de Alemania, el legislador no puede "ni tratar arbitrariamente de forma desigual lo que es esencialmente igual, ni tratar arbitrariamente de forma igual lo que es esencialmente desigual", por lo que, en consecuencia, la igualdad formal debe ceder el paso ante la igualdad material (39).

La igualdad formal y la igualdad sustancial o material pueden ser, pues, contradictorias, ya que una es de carácter formal e impone la igualdad en la ley, y la otra es de carácter material y lleva a acercarse a la igualdad por medio de la ley (40), pero, en definitiva, tanto una como la otra se proponen desarrollar ese valor superior de la igualdad y ambas parten de la premisa común de la igual dignidad de los seres humanos, o, lo

que es lo mismo, la consideración de la igualdad esencial entre los hombres (41).

El Tribunal Constitucional ha formulado su doctrina respecto a esta distinción entre igualdad formal e igualdad sustancial o material en diversas sentencias (42), estableciendo que el tratamiento legal desigual "puede incluso venir exigido en un estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento... a cuyo efecto atribuye... a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva..." (43), justificándose, incluso, "un mínimo de desigualdad formal" para conseguir la igualdad real o sustancial, toda vez que "lo contrario equivaldría, paradójicamente, a fomentar, mediante el recurso a la igualdad formal, una acrecentada desigualdad material... en vulneración del artículo 9.2 de la Constitución" (44).

En esta misma línea, el Alto Tribunal afirma que "el artículo 14 de la Constitución... no establece un principio de igualdad (formal) absoluta que impida valorar las razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal, ya que permite el trato desigual en supuestos de hecho

desiguales, si tienen por directa función el contribuir a restablecer o promocionar la igualdad real" (45), y ello "en evitación de que el recurso de una igualdad formal acentúe la desigualdad material en forma contraria a lo reclamado por el artículo 9.2 de la Constitución" (46).

Y más recientemente, tras reafirmar que "los poderes públicos tienen el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea efectiva y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (artículo 9.2 de la Constitución)", señala que "el artículo 14 de la Constitución no implica la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad", sino que "el derecho fundamental que el artículo 14 confiere a todos los españoles lo es a la igualdad jurídica", esto es, a la igualdad formal, y ello, obviamente, "sin perjuicio del deber de todos los poderes públicos de procurar la igualdad real", estableciendo, finalmente, que "no es competencia de este Tribunal... determinar las medidas concretas que el legislador o el aplicador de la ley pueden o deben adoptar en cumplimiento del deber de promoción de la igualdad real y efectiva que les impone el artículo 9.2 de la Constitución" (47), deber que constituye el fundamento jurídico en el que los poderes públicos basan

su actuación, dirigida hacia la consecución de la igualdad sustancial, y que de forma expresa y más clara aún, si cabe, reconoce y respalda el Alto Tribunal en un reciente fallo, en el que, manteniendo esta doctrina, establece que "la actuación de los poderes públicos para remediar así la situación de determinados grupos sociales... colocados en posiciones de innegable desventaja... por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aún cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas...", afirmando tajantemente en el último fundamento jurídico que "procede concluir... que el tratamiento otorgado (al recurrente) no constituye, por tanto, una discriminación prohibida por el artículo 14 de la Constitución, sino, por el contrario, una medida destinada a paliar la discriminación sufrida... que responde al mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 del texto fundamental" (48).

Es, pues, claro que la doctrina del Tribunal Constitucional consolida la distinción entre la igualdad formal formulada en el artículo 14 de la Constitución y la igualdad material, real o sustancial a que obliga el

artículo 9.2 de la Norma Fundamental, reconociendo a este último precepto un carácter interpretativo del ordenamiento jurídico e instrumental para la consecución de la verdadera igualdad social, y ello es hasta tal punto importante para nuestro ordenamiento jurídico que, en base a dicho precepto se llega, incluso, a justificar jurídicamente desigualdades formales, siempre que con ello se pretenda conseguir la igualdad sustancial.

Así pues, la inclusión del artículo 9.2 en el texto constitucional es tan decisiva que, si dicho precepto no existiera, el principio de igualdad, tan solemnemente proclamado en el artículo 12.1 de nuestra Constitución y formalmente enunciado en su artículo 14, quedaría reducido a un hermoso deseo, a bellas palabras, pero sin efectividad práctica alguna, al carecer el ordenamiento jurídico del instrumento adecuado que actúe de forma eficaz sobre la misma organización social y productiva que constituye el fundamento último de las desigualdades (49), sobre las situaciones humanas, en definitiva, en las que tienen su origen todas las desigualdades sociales.

2.2 - La igualdad derecho subjetivo.

La igualdad, además de principio jurídico abstracto, que preside la propia Constitución, y todo el ordenamiento jurídico y que, como tal, informa necesariamente los derechos subjetivos de los ciudadanos, garantizados en la Norma Fundamental, es un derecho subjetivo en sí mismo, concretado como tal en el texto constitucional y, en consecuencia, produce efectos jurídicos directos para los ciudadanos, sin necesidad de normas de desarrollo en las que dicho principio jurídico se manifieste expresamente.

No es, pues, exclusivamente un mero principio jurídico que, para hacerse patente en el ordenamiento jurídico, requiera una obligada concordancia congruente de todas las normas que conforman dicho ordenamiento jurídico con este principio, sin necesidad de explicitarse de forma expresa. Indudablemente es eso, pero, además, la igualdad se manifiesta directamente en el propio ordenamiento jurídico como parte específica y concreta de su contenido, produciendo de forma inmediata los efectos jurídicos que dicho principio conlleva en sí mismo y de los que, por imperativo constitucional, tiene que impregnar a la misma Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. En este sentido es también un derecho, propiamente dicho, para los ciudadanos, que

pueden, sin más requisitos, hacer legítimamente uso directo del mismo frente a cualquier conducta que lo ignore o conculque.

Así pues, cuando una norma, además de establecer criterios o pautas que han de ser seguidos obligatoriamente por las restantes normas del ordenamiento jurídico, genera efectos jurídicos directos en la esfera subjetiva del ciudadano, el principio jurídico contenido en dicha norma se convierte, paralelamente, en derecho subjetivo para el ciudadano, por lo que, siempre que una actuación contraria por parte de los poderes públicos, o, incluso, de los particulares, viole o conculque de alguna manera el contenido de esa esfera subjetiva que, jurídicamente, tiene asignada un ciudadano relativa a la igualdad, se está violando o conculcando un derecho subjetivo de la persona y no un mero principio jurídico.

La misma Constitución confirma este carácter de derecho subjetivo que tiene la igualdad, al establecer en su artículo 53.1 que "los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II (que comienza, precisamente, en el artículo 14) del presente título vinculan a todos los poderes públicos...", y los vinculan, obviamente, frente al ciudadano, sujeto titular

de esos derechos y libertades, pues, lógicamente, si la igualdad fuera sólo principio jurídico y no un derecho subjetivo del ciudadano, el constituyente no la hubiera incluido en este precepto, ya que el carácter de principio básico del ordenamiento jurídico queda suficientemente claro y explícito en el artículo 19.1.

Por otro lado, si no es porque la Constitución quiere, claramente, conceder a la igualdad la naturaleza de derecho subjetivo del ciudadano, no establecería de forma expresa esa vinculación a todos los poderes públicos, puesto que éstos se encuentran ya genéricamente vinculados por la igualdad, como principio básico que es y, por lo tanto, informador de todo el ordenamiento jurídico, de acuerdo con el artículo 19.1, como también es obvio que los poderes públicos se encuentran vinculados por toda la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, a tenor de lo establecido en el artículo 9.1 de la Norma Fundamental.

Pero es que, por si quedase alguna duda de cuanto hemos expuesto anteriormente, el párrafo segundo del mismo artículo 53 de la Constitución establece que "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 ("los españoles son iguales ante la ley... ")... ante los

tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional...", con lo que resulta evidente que el constituyente no sólo ha asignado a la igualdad la importante función de ser principio jurídico básico, informador de todo el ordenamiento jurídico, sino que, además, ha querido subrayar aún más la necesidad de que este concepto jurídico abstracto esté más cerca del ciudadano, concretándolo en un derecho subjetivo del mismo frente a la actuación dimanante de los poderes públicos, y protegiéndolo especialmente con un procedimiento ágil ante los tribunales ordinarios, basado en los principios de preferencia y sumariedad, para que, al poder invocarlo de manera directa, como observábamos anteriormente, el ciudadano pueda hacer valer más fácilmente esos derechos frente a cualquier conducta que los ignore o conculque, pudiendo, incluso, recabar esa tutela ante el mismo Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, lo que, por sí solo, da una idea exacta del privilegiado grado de protección jurisdiccional que la Constitución otorga a la igualdad y, en consecuencia, la gran importancia que a este derecho fundamental del ciudadano concede nuestra Norma Suprema.

Por último, consideramos a este respecto que, sistemáticamente, la igualdad no estaría ubicada en el texto constitucional en el título I ("De los derechos y deberes fundamentales"), capítulo II ("Derechos y libertades"), capítulo que comienza, precisamente, en el artículo 14, si no fuera por ese carácter de derecho subjetivo del ciudadano, además fundamental, que la propia Constitución le otorga, pues si fuese sólo un principio jurídico, hubiese sido suficiente la proclamación que sobre la igualdad hace el título preliminar, artículo 1.º.1.

El Tribunal Constitucional confirma, asimismo, sin ninguna duda, este carácter de derecho subjetivo que la igualdad tiene en la Constitución. Así, considera que "el artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual..." (50).

En el mismo sentido, sostiene que "el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 14 de la Constitución, ha sido configurado por la doctrina de este Tribunal... como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita

a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas" (51), afirmando en otra sentencia que es "el de igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución... un derecho de rango superior" (52).

Y, más recientemente, señala el Alto Tribunal que "el principio de igualdad jurídica o igualdad de los españoles ante la ley constituye, por imperativo constitucional, un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna", estableciendo a continuación que "el derecho fundamental que el artículo 14 de la Constitución confiere a todos los españoles lo es a la igualdad jurídica, es decir, a no soportar un perjuicio desigual e injustificado en razón de los criterios jurídicos por los que se guía la actuación de los poderes públicos", afirmando, finalmente, que "en el recurso de amparo... sólo pueden hacerse valer las violaciones de los derechos fundamentales y, entre ellos, del derecho de igualdad jurídica, reconocido en el citado artículo 14 de la Constitución" (53). Asimismo establece el Tribunal Constitucional que "el derecho a la igualdad ante la ley... impone al legislador y a quienes aplican la ley la obligación de dispensar un mismo trato a

quienes se encuentran en situaciones jurídicas equiparables" (54).

En definitiva, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia puede sintetizarse en estas dos ideas: 1ª) La igualdad es un derecho subjetivo del ciudadano, un derecho fundamental de la persona, a obtener un trato jurídico igual, derecho que está contenido en el artículo 14 de la Constitución; y 2ª) La igualdad es un derecho garantizado constitucionalmente frente a la actuación de los poderes públicos, destinatarios, por imperativo constitucional, de la obligación de respetar escrupulosamente este derecho.

2.2.1.- El derecho a la igualdad de trato.

El derecho fundamental de la persona a la igualdad se concreta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como hemos señalado anteriormente, en un derecho subjetivo del ciudadano a obtener un trato jurídico igual, por parte de los poderes públicos, ante situaciones de hecho que sean sustancialmente iguales.

Sin embargo, no toda desigualdad de tratamiento

jurídico conculca este derecho subjetivo del ciudadano. El mismo Tribunal Constitucional ha matizado, ya desde el principio, en reiterada jurisprudencia el carácter absoluto de este derecho fundamental. Así, en una de las primeras sentencias dictadas sobre este tema, se manifiesta contrario a "un razonamiento que contribuiría, quizás, a vaciar de todo contenido propio el principio constitucional de igualdad a fuerza de extenderlo, hasta el punto de considerar como infracción de este principio toda violación de un derecho o libertad garantizado por la Constitución" (55), y considera que "la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida" (56).

En esta misma línea argumental se ha venido manteniendo de forma clara y continuada la posición doctrinal del Tribunal Constitucional sobre esta materia (57). No todo tratamiento jurídico desigual conculca, pues, el derecho fundamental de toda persona a la igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución. Para que ello suceda es necesario que exista discriminación, esto es, que la desigualdad de

trato jurídico que se enjuicia constitucionalmente carezca de una justificación objetiva y razonable, posición ésta que enlaza directamente con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, doctrina que recoge casi literalmente nuestro Tribunal Constitucional (58).

Este derecho fundamental a la igualdad de tratamiento jurídico tiene una triple formulación doctrinal que, si bien no viene recogida de forma expresa en el texto constitucional, ha sido configurada por la doctrina científica y, sobre todo, por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, distinguiéndose entre igualdad ante la ley (la única formulación que establece el texto constitucional en su artículo 14), igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley, que, en realidad, son tres manifestaciones del mismo único derecho a la igualdad de tratamiento jurídico consagrado en el reiterado artículo 14 de la Constitución. Veamos, a continuación, cada una de estas formulaciones del derecho constitucional a la igualdad de trato jurídico que corresponde a todo ciudadano.

2.2.1.1.- Igualdad ante la ley.

Es la formulación formal y genérica del derecho a la igualdad de tratamiento jurídico, dirigida con carácter general a todos los poderes públicos. El matiz que diferencia este aspecto del derecho a la igualdad, literalmente formulado en el artículo 14 de la Constitución, respecto a los otros dos aspectos que del mismo se derivan y que no se encuentran recogidos en el texto constitucional, esto es, la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley, es, precisamente, la generalidad con que viene enunciado en dicho precepto el derecho a la igualdad de tratamiento jurídico, que hace que tengan que considerarse necesariamente sujetos al mismo todos los poderes públicos sin distinción, mientras que tanto la igualdad en la ley, como la igualdad en la aplicación de la ley, son construcciones doctrinales, elaboradas fundamentalmente por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, que tienen la finalidad de concretar y delimitar la cuota de responsabilidad que el respeto del derecho a la igualdad exige a cada uno de los poderes públicos respecto a los demás, dentro del marco constitucional.

Así, la igualdad en la ley es la derivación del derecho fundamental de igualdad ante la ley que determina

la cuota de responsabilidad correspondiente al poder legislativo, mientras que la igualdad en la aplicación de la ley concreta la que corresponde al poder judicial, y ambas se refieren más específicamente al poder ejecutivo en la medida en que éste ejerce funciones legislativas y de aplicación normativa, en la forma que veremos más adelante.

En otros términos, estas diversas formulaciones del derecho constitucional a la igualdad de tratamiento jurídico son, en definitiva, el parámetro para medir la constitucionalidad o no, desde la óptica de este derecho fundamental, con que los poderes públicos concretos, a los que cada una de ellas va dirigida, ejercen sus funciones constitucionales.

Pero, evidentemente, el derecho a la igualdad de tratamiento jurídico que nuestra Constitución reconoce a todo ciudadano es uno, expresado formal y literalmente en el texto constitucional con la frase "los españoles son iguales ante la ley...", que, indiscutiblemente, comprende, a su vez, el derecho de toda persona a que la ley la trate, y a que ésta, a su vez, le sea aplicada, sin discriminación alguna, esto es, sin criterio desigualatorio que no tenga una justificación objetiva y razonable.

La igualdad ante la ley, así expuesta, se configura constitucionalmente, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, como un derecho fundamental de la persona a no ser discriminada jurídicamente en modo alguno por parte de los poderes públicos, esto es, a no ser tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentran en idéntica situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de tratamiento jurídico. El artículo 14 de la Constitución confiere, de esta forma, a todos los ciudadanos el derecho constitucional a no soportar un perjuicio, o una falta de beneficio, desigual o injustificada, en razón a los criterios jurídicos por los que se guía la actuación de los poderes públicos (59).

Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que "el artículo 14 de la Constitución viene a establecer, en su primer inciso, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley" (60), y entiende que "la igualdad a la que alude el artículo 14 es la igualdad jurídica o igualdad ante la ley... (que) significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean también iguales y que para introducir diferencias entre

los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable" (61). En consecuencia, el artículo 14 de la Constitución "no prohíbe dar un tratamiento distinto a situaciones razonablemente desiguales... lo que esa norma impide es un tratamiento diferenciado a situaciones iguales" (62).

Finalmente, el Tribunal Constitucional establece también los requisitos mínimos necesarios para que pueda considerarse conculcado el derecho a la igualdad ante la ley y, así, afirma en recientes fallos que "la vulneración del principio de igualdad ante la ley requiere la presencia de dos presupuestos esenciales: la aportación de un término válido de comparación que acredite la igualdad de supuestos, y que se trate de un cambio de criterio inmotivado o con motivación irrazonable o arbitraria" (63).

Es, pues, el derecho a la igualdad ante la ley el que nuestra Norma Fundamental otorga a todo ciudadano a no ser discriminado jurídicamente por cualquiera de los poderes públicos sin distinción, a no ser que exista una causa objetiva y razonable para ello, lo que conlleva implícito el derecho a que el contenido de las leyes no discrimine injustificadamente a ninguna persona (igualdad

en la ley), así como que esas leyes sean aplicadas también con criterios de igualdad jurídica, esto es, que al aplicarse por un mismo juez la misma norma a dos situaciones sustancialmente iguales no se produzca un resultado jurídico discriminatorio para ninguna de las dos situaciones, salvo que exista un motivo justificado y objetivamente razonable que lo fundamente (igualdad en la aplicación de la ley).

2.2.1.2.- Igualdad en la ley.

Es la formulación del derecho a la igualdad de tratamiento jurídico, contenido en el artículo 14 de la Constitución, dirigida con carácter específico al poder legislativo (64), que tiene por objeto establecer el marco constitucional en el que, desde la óptica del derecho a la igualdad de tratamiento legal, el legislador tiene que ejercer su función constitucional, lo que se traduce en que en el contenido de las normas no pueden establecerse discriminaciones de ninguna clase, esto es, desigualdades que carezcan de una justificación objetiva razonable.

La igualdad en la ley es una consecuencia lógica

y elemental derivada de la genérica igualdad ante la ley que obliga a todos los poderes públicos sin distinción, que se encuentra consagrada en el artículo 14 de la Constitución, y que está dirigida de modo especial al legislador. En otros términos, al ser, por imperativo constitucional, todos los españoles iguales ante la ley, ésta tiene que ser necesariamente elaborada sin contenido discriminatorio alguno, para que pueda predicarse la constitucionalidad de la misma. En este sentido, constituye, además, una limitación para el legislador, que, como consecuencia de este derecho fundamental del ciudadano, no puede establecer en las normas desigualdades arbitrarias, es decir, que no tengan una justificación objetiva y razonable.

El concepto de "legislador" hay que considerarlo en sentido amplio y, así, la igualdad en la ley se exige tanto al legislador "estricto sensu", es decir, al poder legislativo, legítimo detentador de la titularidad para elaborar las leyes en sentido formal, como al legislador "lato sensu", esto es, el poder ejecutivo en funciones de legislador, ya sea cuando por delegación del legislativo dicta normas con rango de ley (decretos), ya cuando ejerce competencias propias por medio de la potestad reglamentaria, si bien siempre con sujeción al principio de legalidad (65).

En definitiva, consideramos que el criterio constitucional de igualdad es aplicable tanto a las leyes formales, como a las normas jurídicas de rango inferior (66), pues el límite de la potestad normativa se despliega en relación con todos aquellos poderes a los que les está reconocida la facultad de crear normas, por lo que la expresión "ley" debe entenderse en sentido amplio, abarcando también a los reglamentos (67).

Así lo entiende también el Tribunal Constitucional cuando afirma que "la ley ante la cual el artículo 14 de nuestra Constitución impone la igualdad es, desde luego, en principio, la ley en sentido material, la norma jurídica en abstracto, con independencia de su rango, de manera que a todos deben ser aplicadas por igual las normas legales y reglamentarias y ni éstas ni aquéllas pueden introducir entre los ciudadanos, o entre las situaciones en las que éstos se encuentran, diferencias que no estén justificadas por razones objetivas y legítimas, ni atribuir a las diferencias establecidas consecuencias que no resulten proporcionadas con el fin que se persigue" (68).

Asimismo es aplicable el principio de igualdad a

los convenios colectivos en los mismos términos que a las normas de origen estatal, pese a la naturaleza privada de las organizaciones que protagonizan la negociación colectiva (69), si bien la cualidad más universalmente compartida de los convenios colectivos se halla en el carácter normativo o reglamentario, en su virtualidad de ley material cogente (70). En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma que "tanto en la regulación mínima estatal como en la que se deja a la responsabilidad de la autonomía colectiva de las partes ha de operarse respetando el principio de igualdad de remuneraciones, con exclusión de todo trato discriminatorio que implique violación de este principio" (71).

El Tribunal Constitucional ha establecido su doctrina respecto a la igualdad en la ley en reiterada jurisprudencia. Así, el Alto Tribunal entiende que la igualdad jurídica o igualdad ante la ley "hace referencia, inicialmente, a la universalidad de la ley" (72), es decir, la ley, ante todo, se dicta para todos los ciudadanos, con carácter universal, lo que conlleva implícitamente esa finalidad igualitaria que prohíbe al legislador elaborar leyes de carácter singularizado que no tengan una justificación objetiva y razonable. En esta misma línea argumental, el Tribunal Constitucional mantiene que "la regla general de la igualdad ante la ley

contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo" (73).

Es, pues, evidente que el legislador tiene una limitación constitucional en el principio de igualdad, esto es, que se encuentra directamente vinculado por el artículo 14 de la Constitución, y así lo ha determinado claramente el Tribunal Constitucional al afirmar que "la igualdad jurídica reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al poder judicial, sino también al legislativo, como se deduce de los artículos 9 y 53 de la misma" (74), o, en términos más recientes, "la norma que en el artículo 14 de la Constitución establece la igualdad de todos los españoles ante la ley, además de impedir las discriminaciones típicas allí previstas, pesa también sobre el legislador, pues éste, en virtud de tal principio constitucional, no puede introducir entre los ciudadanos diferenciaciones carentes de todo fundamento razonable, esto es, no orientadas a la obtención de un fin constitucionalmente lícito, o no articuladas, en tanto que reglas diferenciadoras, en torno a rasgos o elementos que resulten pertinentes, como tales criterios, para la diferenciación normativa, en atención al fin así

reconocible en la ley..." (75).

Pero esta interdicción de elaborar arbitrariamente leyes, impuesta constitucionalmente al legislador, no le impide "contemplar la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable" (76). En otros términos, "el derecho a la igualdad ante la ley... impone al legislador... la obligación de dispensar un mismo trato a quienes se encuentran en situaciones jurídicas equiparables, con prohibición de toda discriminación o desigualdad de trato que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable" (77), por lo que, a "sensu contrario", "no puede hablarse... de desigualdad como efecto de la regulación de dos normas distintas, justamente por prever situaciones o supuestos de hecho dispares... (porque son) dos normas distintas que responden a hipótesis diferentes y que se orientan hacia una finalidad dispar" (78)

En el juicio constitucional de igualdad en la ley el término de comparación es la misma norma, que no puede

contemplar un tratamiento jurídico diverso o singularizado respecto al que otra norma establece con carácter general para una situación sustancialmente igual, a no ser que exista para ello una razón objetiva que lo justifique.

Pero, evidentemente, las dos normas que se comparan han de ser coetáneas, han de coexistir en el tiempo, para que la comparación sea válida y, en consecuencia, pueda predicarse de una respecto de la otra su constitucionalidad o no, desde la óptica del derecho fundamental a la igualdad de tratamiento jurídico, en un momento histórico concreto, toda vez que, al ser el derecho una ciencia dinámica, al igual que el orden social mismo que regula, va cambiando con el paso del tiempo e incorporando a su ámbito de regulación las innovaciones, tanto científicas como técnicas, culturales o sociales, que van surgiendo con el transcurso del tiempo, lo que hace que, incluso, puedan variar, en función de tales innovaciones, los conceptos jurídicos y, correlativamente, las leyes. Así pues, el factor tiempo constituye un componente diferenciador con sustantividad reconocida para poder generar legítimamente una diferencia de trato jurídico (79), de ahí la necesidad de que el tratamiento diferencial deba ser el actual dado por la norma (80).

En este sentido, es clarificadora la posición doctrinal del Tribunal Constitucional que, en reciente fallo, afirma que "el artículo 14 de la Constitución ampara la igualdad ante la ley, pero ello no impide que, a través de cambios normativos, se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo; el principio de igualdad no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron o en que se produjeron sus efectos, deban recibir un tratamiento igual por parte de la ley, puesto que con ello se incidiría en el círculo de competencias atribuido constitucionalmente al legislador y, en definitiva, en la natural y necesaria evolución del ordenamiento jurídico. La desigualdad de trato entre diversas situaciones derivada únicamente de un cambio normativo, y producida tan sólo por la diferencia de las fechas en que cada una de ellas tuvo lugar, no encierra discriminación alguna" (81).

Finalmente, desde la óptica del ciudadano, el derecho a la igualdad en la ley, que reconoce y consagra el artículo 14 de la Constitución, es un medio de defensa del ciudadano frente a las discriminaciones arbitrarias de que pudiera ser objeto por parte del legislador, y, en este sentido, comporta la interdicción de que en las leyes se establezcan tanto las discriminaciones típicas a

que el precepto alude (nacimiento, raza, sexo, religión...), como la imposibilidad de que reciban tratamiento jurídico diferente situaciones jurídicas o supuestos de hecho que han de ser reconocidos como iguales, por coincidir en ellos los mismos elementos, o por carecer de la necesaria trascendencia jurídica aquellos que permitieran considerarlos como distintos (82).

2.2.1.3.- Igualdad en la aplicación de la ley.

Esta formulación del derecho a la igualdad de tratamiento jurídico (83) está dirigida sobre todo, y muy especialmente, al poder judicial, que es el encargado constitucionalmente (84) de administrar justicia, de interpretar, hacer cumplir y, en definitiva, aplicar la ley, y, en ese sentido, la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional se refiere casi exclusivamente a esta aplicación jurisdiccional de la ley, sin que ello excluya, naturalmente, las competencias que en esta materia tiene atribuidas el poder ejecutivo, como veremos

más adelante.

Evidentemente, esta formulación del derecho a la igualdad de tratamiento jurídico supone también una limitación constitucional de los poderes que tienen atribuidos los órganos judiciales para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que es controlable, bien por los órganos jurisdiccionales superiores, a través de la vía de los recursos ordinarios, bien por el Tribunal Constitucional, mediante la vía extraordinaria del recurso de amparo, pero, en cualquier caso, haciendo siempre compatible la corrección jurisdiccional o constitucional de las posibles arbitrariedades con la garantía de la efectiva independencia de los miembros integrantes del poder judicial.

Al igual que señalábamos antes, al analizar la igualdad "en la ley" tenemos que considerar aquí el término "ley" en sentido amplio, esto es, como norma jurídica en abstracto con independencia de su rango, y, así, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley está también directamente dirigido al poder ejecutivo en su calidad de aplicador cotidiano de la norma en un doble aspecto.

En efecto, en primer lugar, el poder ejecutivo es

aplicador de la ley formal "estricto sensu", pues su sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (85), en virtud del principio de legalidad, conlleva que cada acto del poder ejecutivo sea, a su vez, un acto de aplicación de una ley. Pero, por otro lado, el poder ejecutivo es también aplicador de la ley "lato sensu", al hacer cumplir la normativa que emana de él mismo, en el ejercicio de su potestad reglamentaria. En este sentido, el derecho a la igualdad supone, asimismo, una limitación constitucional frente a posibles arbitrariedades del poder ejecutivo en el ejercicio de la facultad que tiene otorgada en materia de aplicación de la legalidad, limitación que, en realidad, se extiende a toda la actividad del ejecutivo, como efecto jurídico directo del principio de legalidad al que, como veíamos anteriormente, se encuentra sujeto, y que es, asimismo, controlable ordinariamente a través del recurso contencioso administrativo y, también, de forma extraordinaria, mediante el recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional, en los casos que proceda.

La igualdad en la aplicación de la ley es un derecho que deriva también directamente del principio general de igualdad ante la ley, "forma parte, sin duda, del principio consagrado en el artículo 14 de la Constitución" (86), y ello hasta el punto de que la

igualdad ante la ley progresivamente será entendida, más por fruto del Derecho Administrativo que del propio Derecho Constitucional, como igualdad en la aplicación de la ley (87).

El Tribunal Constitucional ha establecido con claridad, a través de reiterada jurisprudencia sobre este tema, los requisitos que deben concurrir para que pueda estimarse que existe vulneración del derecho a la igualdad de tratamiento jurídico en la aplicación jurisdiccional de la ley, requisitos que podemos extender igualmente a la aplicación normativa por parte del poder ejecutivo, y que el Alto Tribunal, en un reciente fallo, concreta de la siguiente forma: "Para que pudiera hablarse de esta desigualdad se precisaría, en efecto, aportar el término de comparación y acreditar en qué casos se ha aplicado la norma en cuestión de modo distinto o contrario con resultado discriminatorio, y por el mismo juez o tribunal, según reiteradísima doctrina de este Tribunal" (88), doctrina que, efectivamente, ha constituido la regla general mantenida por el Tribunal Constitucional en esta materia. Analicemos a continuación dichos requisitos:

a) Término de comparación.- Para que pueda realizarse un juicio constitucional de igualdad es

imprescindible, y ya lo hemos señalado anteriormente, que exista una referencia con la que comparar lo que se presume que ha sido motivo de vulneración del derecho a la igualdad de tratamiento jurídico, en cualquiera de las variedades del mismo que estamos analizando. En otras palabras, "hace falta que se aporte un adecuado término de comparación, sin cuya concurrencia no es posible llevar a cabo aquella operación" (89).

Y, concretamente, en el juicio de constitucionalidad referente a la igualdad de tratamiento jurídico en la aplicación jurisdiccional de la ley el término de comparación adecuado "sólo concurre cuando se compara la resolución judicial impugnada con otra u otras anteriores del mismo órgano judicial que se hayan ocupado de supuestos sustancialmente idénticos..." (90), es decir, tiene que ser necesariamente otra resolución del mismo órgano judicial que aplique idéntica normativa en un caso sustancialmente idéntico, con resultado jurídico discriminatorio, sin que tenga para ello una motivación fundada en razones jurídicamente atendibles. La identidad de los supuestos que se contrastan es, pues, absolutamente imprescindible, puesto que "la no identidad o similitud esencial de las situaciones comparadas excluye la exigibilidad de un igual tratamiento de las mismas" (91). Esta comparación se lleva a cabo

"identificando otra u otras sentencias del mismo órgano judicial que, a partir de supuestos iguales en derecho, hubieran expresado resoluciones diversas a la que recibiera la pretensión del demandante" (92).

El término de comparación ha de tener un contenido legal para que sea válido, ya que no puede pretenderse la igualdad invocando como término de comparación un supuesto ilegal (93). No cabe, pues, la igualdad en la ilegalidad, doctrina que quedó ya fijada por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 30 de marzo de 1981 y que se mantiene invariable en la actualidad.

b) Aplicación por un órgano judicial de la misma norma a casos sustancialmente iguales, con resultado jurídico discriminatorio.- Esta regla significa que toda variación de criterio jurídico, respecto al mantenido anteriormente por el mismo órgano judicial, en supuestos sustancialmente iguales y con el resultado jurídico discriminatorio, esto es, sin que exista para esta desigualdad una fundamentación suficiente y razonable, conlleva incurrir en inconstitucionalidad, por vulneración del principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución. En palabras del Tribunal Constitucional, esta condición para la existencia de la

desigualdad proscrita por el artículo 14 de la Constitución requiere "que entre ambas resoluciones (comparadas) se advierta, con el consiguiente reflejo en el fallo judicial, un cambio de criterio inmotivado, arbitrario o carente de la necesaria fundamentación jurídica, esto es, que se modifique radicalmente el sentido de otras decisiones sin hacer referencia, ni siquiera de forma tácita o implícita, al criterio sostenido en anteriores ocasiones y a la razón en que pudiera estar fundada dicha modificación..." (94).

Evidentemente esta regla no es absoluta y, en consecuencia, no quiere decir que el criterio jurídico establecido por un órgano jurisdiccional no pueda ser variado por ese mismo órgano en una resolución posterior sin conculcar el principio de igualdad, pues ello estaría frontalmente reñido con la garantía constitucional de efectiva y verdadera independencia de que goza todo miembro del poder judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional, que tiene, a su vez, una limitación en las garantías constitucionales de los ciudadanos, sino que significa que esa variación de criterio jurídico del órgano juzgador no puede ser arbitraria o irrazonable, por lo que ha de tener necesariamente una justificación suficiente y objetivamente razonable.

Además, como decíamos anteriormente, el derecho no es una ciencia estática, sino que varía continuamente en función de la realidad social, y ese dinamismo se lleva a cabo tanto por el legislador, al incorporar a la norma todo avance social, de cualquier orden, que se sucede diariamente en la humanidad, como por el aplicador de la ley, que tiene no sólo el derecho, sino también la obligación, de evolucionar y, en consecuencia, de interpretar y aplicar la norma teniendo en cuenta, igualmente, toda la realidad social, con lo que ese enriquecimiento continuo de la ciencia jurídica deviene, en definitiva, en una mayor y mejor justicia para el ciudadano. Ahora bien, también para una mayor seguridad jurídica y en aras de la igualdad jurídica de todo ciudadano se exige al órgano jurisdiccional que justifique razonablemente todo cambio de criterio en la interpretación y aplicación de la norma. Esa, y no otra, es la obligación que el principio constitucional de igualdad impone al órgano juzgador.

Así lo afirma también el Tribunal Constitucional, para el que "la vulneración de los tribunales del principio de igualdad no significa, pues, que no puedan alterar el sentido de sus decisiones en casos iguales, sino que esa modificación no ha de ser arbitraria por incurrir en trato desigual injustificado. Lo que sí es

exigible, y de ahí el control constitucional, es que el juez o tribunal que estime necesario alterar sus precedentes, recaídos en casos sustancialmente iguales, haya de hacerlo con una fundamentación suficiente y razonable, de tal modo que el cambio de criterio pueda reconocerse como solución genérica conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo y no como respuesta individualizada al supuesto concreto planteado" (95).

Queda, pues, claro que el órgano judicial "puede, naturalmente, en su función de aplicación de la legalidad, evolucionar razonablemente en su proceso interpretativo, sin que ello vulnere el principio de igualdad" (96), siempre que fundamente o justifique esa evolución, pues no es el cambio de criterio, sino la injustificación del mismo, lo que vedaría el principio de igualdad (97).

Ahora bien, esta justificación del cambio de criterio no necesariamente tiene que ser expresa, sino que es suficiente que refleje "una deliberada modificación de criterios de interpretación de la legalidad hasta entonces mantenida, apreciable mediante cualquier elemento de juicio externo... (por lo que) será posible excluir la vulneración del principio de

igualdad... aún en ausencia de una motivación expresa, siempre que la resolución finalmente dictada no aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso, sino como solución genérica y aplicable en casos futuros" (98).

c) Las resoluciones comparadas tienen que ser del mismo órgano jurisdiccional.- Como reiteradamente ha manifestado el Tribunal Constitucional, "la discriminación en la aplicación de la norma, constitucionalmente impedida, sólo podrá entenderse verificada cuando las resoluciones que quieren traerse a comparación proceden del mismo órgano jurisdiccional, pues, si, por el contrario, son de diferentes órganos juzgadores, las discrepancias entre sus decisiones sobre supuestos sustancialmente iguales depararán, ciertamente, una distinta aplicación de la ley a causa de interpretaciones también diversas, pero sin que dicha distinción en la concreción de las reglas del derecho pueda referirse a una u otra de las resoluciones contrastadas, cada una de las cuales es, respecto de las demás, diferente, mas no discriminatoria" (99), pues lo que prohíbe el artículo 14 de la Constitución "es que un mismo órgano judicial se aparte, sin fundamentación suficiente, del criterio mantenido con regularidad en sus decisiones anteriores, pero no que contradiga los

critérios sostenidos en una resolución de un órgano distinto, posibilidad ésta que, sin perjuicio de la valoración que las distintas soluciones merezcan desde el punto de vista de su adecuación a la legalidad, resulta constitucionalmente legítima, en virtud del principio de independencia de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus funciones" (100).

El mismo Tribunal Constitucional reconoce que la manifiesta imposibilidad, jurídica y política, de que unos jueces sigan los precedentes establecidos por otros en casos análogos lleva a considerar separadamente el conjunto de decisiones adoptadas por cada órgano judicial, de manera que la exigencia de igualdad en la aplicación de la ley opera sólo dentro de cada uno de estos conjuntos, sin que esta reducción pueda ser llevada más lejos sin vaciar totalmente de contenido el principio constitucional, que, cuando menos, obliga a considerar que el órgano judicial es siempre el mismo, aunque cambie su titularidad, o en el caso de órganos colegiados, su composición personal (101).

Precisamente, en esa "fictio iuris" es donde aparece con más evidencia el equilibrio existente entre la exigencia del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley y la, también constitucional,

garantía de independencia de los miembros del poder judicial, toda vez que, ni aún en este supuesto de cambio de titularidad del órgano jurisdiccional, el nuevo titular o cotitular del mismo queda absolutamente vinculado por los criterios jurídicos del anterior, en casos sustancialmente idénticos, puesto que en todo momento tiene la posibilidad de aplicar sus propios criterios jurídicos, que, evidentemente, han de encontrarse tan en consonancia con la legalidad vigente como los del anterior, aunque sean diferentes, sin conculcar por ello el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley, siempre que justifique razonablemente dicho cambio, correspondiendo la verificación de tal cambio de criterio, en caso de discrepancia, al órgano judicial superior, a través del recurso ordinario pertinente, y, en última instancia, al Tribunal Constitucional, mediante el recurso de amparo. De esta forma quedan a salvo ambas garantías constitucionales, la del órgano judicial de administrar justicia con independencia (artículo 117.1), y la del ciudadano de que la ley le sea aplicada con criterios de igualdad jurídica (artículo 14).

Es, pues, claro que lo que el principio de igualdad en la aplicación de la ley prohíbe taxativamente es la arbitrariedad de quien lo hace, al introducir en un

fallo criterios jurídicos diferentes respecto a los mantenidos en fallos anteriores, relativos a supuestos sustancialmente idénticos, con un resultado jurídico asimismo desigual, sin un fundamento jurídico razonable y suficiente que justifique dicho cambio de criterio, pero en modo alguno este principio constitucional prohíbe la evolución y, consecuentemente, el cambio mismo de estos criterios, siempre que esté objetiva y razonablemente justificado; ni, en definitiva, el enriquecimiento del derecho con la incorporación a su ámbito de regulación de las innovaciones de todo orden que el propio dinamismo histórico va introduciendo cotidianamente en las reglas del juego social.

Lo contrario supondría, en primer lugar, encorsetar al que aplica la legalidad de tal forma que, en la práctica, significaría eliminar la garantía constitucional de independencia de los miembros del poder judicial, en el desempeño de su función jurisdiccional, quienes se encontrarían irremediablemente constreñidos a una aplicación de la legalidad sometida a criterios estáticos y desfasados. Pero es que, además, ello sería dar la espalda a la realidad, puesto que existiría una disociación absoluta entre esa realidad social y las normas jurídicas destinadas a regularla, que haría perder al derecho su eficacia y, en definitiva, su finalidad.

3.- La igualdad en el empleo público.

Una vez delimitados los criterios, fundamentalmente elaborados por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, que nos permiten determinar la significación que en este momento histórico concreto la igualdad tiene en nuestra Constitución, como principio básico, informador de todo el ordenamiento jurídico, y como derecho subjetivo de todo ciudadano frente a las agresiones que, en este sentido, puede sufrir por parte de los poderes públicos e, incluso, de otros ciudadanos particulares, consideramos necesario analizar, a la luz de los mismos, la situación actual del empleo público de nuestro país, desde la óptica de la igualdad jurídica consagrada en nuestra Constitución. Para ello vamos a señalar a continuación las consecuencias jurídicas que los criterios doctrinales anteriormente analizados pueden tener en la configuración actual de nuestra Función Pública.

3.1.- La igualdad principio constitucional y el

empleo público.

La igualdad, como principio constitucional que es, ha de impregnar, según hemos observado anteriormente, todo el ordenamiento jurídico, incluida, obviamente, la parcela del mismo que regula las relaciones jurídicas que se desarrollan entre las Administraciones Públicas y el personal a su servicio. Por ello, la normativa que regula la relación jurídica de empleo público ha de estar imbuida, para que pueda predicarse la constitucionalidad de la misma, de ese espíritu igualitario que es proclamado como "valor superior" en el artículo 19.1 de nuestra Norma Suprema, por lo que, en consecuencia, ha de adecuarse congruentemente a dicho espíritu y no sólo a la letra, esto es, de una manera sustancial y no meramente formal, para lo que ha de eliminarse de la misma cualquier atisbo de desigualdad injustificada que pueda apreciarse.

De hacer realidad el contenido de ese "valor superior" del ordenamiento jurídico que es la igualdad en el ámbito del empleo público y, en definitiva, de hacer cumplir ese espíritu igualador que aparece por doquier en la Constitución, están directamente obligados, por imperativo constitucional, los poderes públicos, que son los responsables de promover las condiciones y remover

los obstáculos para que la igualdad sea real y efectiva (artículo 9.2 de la Constitución), obligación que podría llevarles, incluso, si fuese necesario, hasta el extremo de establecer desigualdades meramente formales, que, con un criterio progresista, sirvieran para conseguir la verdadera igualdad sustancial, como hemos señalado anteriormente. Pues bien, si observamos la realidad actual del empleo público en nuestro país, no nos queda otro remedio que afirmar que los poderes públicos, hasta el momento presente, no se han esforzado mucho por cumplir ese mandato constitucional.

En efecto, mientras subsistan dos regímenes jurídicos diferenciados, administrativo y laboral, y, consecuentemente, dos clases distintas de normas para la regulación legal de la misma actividad humana, esto es, la relación de trabajo que une a las Administraciones Públicas con el personal a su servicio; mientras dos trabajadores que realizan idéntico trabajo para un mismo empleador se rijan por normativas jurídicas distintas, con los consecuentes efectos jurídicos igualmente diferentes entre sí, ese "valor superior" de nuestro ordenamiento jurídico denominado igualdad no será realidad en nuestra Función Pública y, en consecuencia, necesariamente subsistirá discriminación.

La misma existencia de dos regímenes jurídicos distintos implica, obviamente, una diferencia de contenido en cada uno de ellos, pues, si el contenido fuese el mismo, no sería necesaria, evidentemente, esa dualidad normativa, y, si existe diferencia en cuanto al contenido de las normas, siendo idénticas las situaciones de hecho que éstas regulan, hay que concluir, lamentablemente, que en el empleo público de nuestro país todavía el principio de igualdad que consagra la Norma Suprema es un mero deseo del constituyente, que aún no ha traspasado la barrera que separa la genérica abstracción normativa de la concreta realidad cotidiana.

Pero es que, además, si la Constitución establece una normativa ordinaria y general, como corresponde a un Estado democrático y social de derecho, para regular las relaciones de trabajo, esto es, la normativa laboral prevista en el artículo 35, y a un colectivo de trabajadores importante, cualitativa y cuantitativamente, como es el constituido por los funcionarios públicos, se le aplica, sin que, para nosotros, exista causa objetiva que lo justifique, una normativa distinta, excepcional, -lo que conlleva necesariamente un tratamiento jurídico diferente y, generalmente, restrictivo respecto al régimen jurídico normal u ordinario, pues, de lo contrario, no sería excepcional-, y con un resultado

jurídico asimismo diferente, es evidente que esta normativa excepcional que regula una parte de la relación de empleo público quiebra el principio constitucional de igualdad.

Es, pues, obvio que en nuestras Administraciones Públicas existen diferencias de trato jurídico, instauradas normativamente, entre el personal a su servicio que se rige por el régimen jurídico-administrativo y el que lo está por el régimen jurídico-laboral, y lo es, también, el que esas diferencias de tratamiento jurídico conllevan discriminaciones para uno de ambos colectivos de trabajadores, es decir, generan desigualdades que carecen totalmente de justificación objetiva y razonable que permita fundamentar su mantenimiento, no sosteniéndose hoy día aquellas pretendidas justificaciones que esgrimen los defensores de la existencia de esa dualidad normativa para la regulación del trabajo humano que se realiza para las Administraciones Públicas, pues tales seudojustificaciones no tienen cabida en el ordenamiento jurídico, presidido por la igualdad como valor superior, de un Estado que, por definición, es "social y democrático de derecho" (102).

En efecto, en un Estado social no caben

diferencias jurídicas sustanciales en la regulación de situaciones de hecho idénticas de una misma actividad, tan básica en la organización de todo estado moderno y en la que lo "social" es tan determinante, como el trabajo humano. Y en un Estado democrático no tienen por qué existir normas excepcionales, puesto que una de las características consustanciales a la democracia es la normalidad jurídica, como garantía de la igualdad y la libertad que, como principios básicos o valores superiores, han de presidir todo el ordenamiento jurídico de un estado democrático, pues cuando éste, como acertadamente señala ORTEGA, para funcionar, despoje más a los funcionarios de los derechos comunes a los demás ciudadanos, habrá asumido, indudablemente, principios autoritarios (103).

Es, pues, hora ya de que al empleo público llegue también ese principio constitucional igualador, proclamado como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, y de que todos los "trabajadores" de las Administraciones Públicas, sin distinción jurídico-positiva, tengan unas condiciones jurídico-laborales mínimas iguales entre ellos mismos e iguales al resto de los trabajadores, de cualquier clase, que conforman el sistema español de relaciones laborales (104), y para ello, evidentemente, la única solución

objetivamente razonable y constitucionalmente coherente es que todos se rijan por la misma normativa básica que nuestra Constitución establece con carácter ordinario y general para regular dicho sistema de relaciones laborales: el estatuto de los trabajadores establecido en su artículo 35.2 (105).

Y es, también, hora de que reaccionen los poderes públicos y, sencillamente, cumplan con su obligación constitucional en este aspecto para hacer realidad en el ámbito del empleo público la igualdad jurídica, promoviendo las condiciones necesarias para ello y removiendo los obstáculos que lo impidan o dificulten, e, incluso, sacrificando la igualdad meramente formal en aras de la consecución de la verdadera igualdad, la igualdad sustancial o real, que tanta falta hace en el empleo público, para que ese colectivo de trabajadores de las Administraciones Públicas que actualmente se denomina, a veces con cierto matiz peyorativo, "funcionario" sea considerado jurídicamente de igual forma que aquellas otras personas que se encuentran en idéntica situación, esto es, las demás personas que trabajan tanto para las Administraciones Públicas con vínculo jurídico laboral, como para los empleadores privados, y que son denominados con verdadera propiedad y exactitud, jurídica y social, trabajadores.

Sólo de esta forma, otorgando un tratamiento jurídico igual a todos los que son iguales, es decir, aplicando la misma normativa básica que regula las relaciones de trabajo a todos los trabajadores de las Administraciones Públicas, -y también lo son los que actualmente se denominan "funcionarios", unidos a las Administraciones Públicas por un vínculo jurídico administrativo-, podrá afirmarse que el principio constitucional de igualdad preside e informa la normativa jurídica que regula la relación de trabajo en el empleo público, que, en consecuencia, podrá considerarse plena y congruentemente adecuada a la exigencia constitucional derivada de ese valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, consagrado en el artículo 19.1 de la Norma Fundamental.

3.2.- La igualdad derecho subjetivo y el empleo público.

Podemos concretar la igualdad como derecho subjetivo de todo ciudadano en el derecho fundamental, establecido en el artículo 14 de la Constitución, a no ser discriminado jurídicamente de ninguna forma por parte de los poderes públicos, a no ser tratado jurídicamente

por los poderes públicos de manera diferente a quienes se encuentran en idénticas circunstancias, salvo que exista para ello una justificación objetiva y razonable. En este sentido, la cuestión clave no es por qué existen dos regímenes jurídicos diferentes -administrativo y laboral- para regular las relaciones de trabajo que se desarrollan en las Administraciones Públicas, con las consecuentes diferencias en los efectos jurídicos que de ello se derivan, sino si está objetiva y razonablemente justificada esa dualidad normativa.

Para nosotros, el distinto tratamiento jurídico que se deriva de la diferencia de régimen jurídico aplicable al personal que trabaja en las Administraciones Públicas, según sea éste administrativo o laboral, y, consecuentemente, las desigualdades jurídicas que, inevitablemente, ello conlleva, carecen totalmente de justificación objetiva y razonable. Esta aseveración la fundamentamos en las siguientes razones:

a) No cabe argumentar que cada uno de los regímenes jurídicos -administrativo y laboral- regula una relación de hecho distinta, puesto que ambos cubren el mismo espacio social, esto es, los dos se utilizan para regular idénticas situaciones de hecho: las relaciones de trabajo humano que se desarrollan entre una

Administración Pública y una persona física, por lo que, en aras de la igualdad y seguridad jurídicas, así como de la economía jurídico-positiva, todas las relaciones de trabajo humano deben tener idéntica regulación legal mínima, que, obviamente, no puede ser otra que la establecida de forma expresa para ello en la Norma Fundamental, esto es, el estatuto de los trabajadores. De ahí que consideremos innecesaria y carente de toda justificación razonable la permanencia de la relación jurídica administrativo-funcionarial, que, en definitiva, está regulando atípicamente una relación de trabajo, que ya tiene su regulación específica.

b) No existen criterios objetivos que permitan delimitar con precisión en qué casos debe aplicarse un régimen jurídico y en cuáles el otro, sino que ambos son utilizados indistinta, indiscriminada y arbitrariamente por las Administraciones Públicas, en función de sus propios intereses coyunturales exclusivamente, lo que avala, una vez más, la falta de justificación objetiva y razonable para la existencia de los dos regímenes jurídicos, puesto que esa permeabilidad e intercambiabilidad de aplicación entre uno y otro nos lleva necesariamente a la conclusión, lógica y coherente, de que uno de los dos -para nosotros, el administrativo-funcionarial- no es necesario.

c) Mediante el régimen jurídico administrativo-funcionarial se está regulando, de manera excepcional, una parte de la actividad humana dedicada a las relaciones de trabajo que se desarrollan en el seno de las Administraciones Públicas: las relaciones de trabajo de los funcionarios públicos. Sin embargo, para la actividad humana de carácter laboral la propia Constitución prevé, de forma específica, un régimen positivo mínimo, de carácter general y ordinario, común a todas las relaciones de trabajo humano, con independencia de quién sea el empleador: el régimen jurídico laboral (artículo 35.2), régimen jurídico que es también perfectamente aplicable cuando esa misma actividad laboral humana se realiza para una Administración Pública, como lo demuestra el hecho de que las propias Administraciones Públicas se sirven de técnicas jurídico-laborales cuando les interesa, tanto directamente, en el ámbito estricto del empleo público, como indirectamente, cuando gestionan intereses públicos mediante la fórmula jurídico-económica de la empresa privada, sin que en ambos supuestos se planteen problemas específicos, por el hecho de utilizar las técnicas jurídico-laborales en el marco de la gestión pública, en cuanto a la eficacia (106), efectividad, rendimiento, grado de satisfacción de las personas que trabajan,

productividad, racionalidad, etc., sino que, más bien al contrario, al estar delimitados los derechos y obligaciones laborales de los trabajadores en el marco de la normalidad jurídica y no de la excepcionalidad, se evitan los agravios comparativos que ineludiblemente se plantean, con lo que desaparece un importante foco de tensión laboral, que, indiscutiblemente, redundaría en un mejor y mayor rendimiento en el trabajo, y ello, en el caso concreto del empleo público, se traduce en un mejor servicio al ciudadano. Por todo ello, carece de justificación razonable y objetiva el mantenimiento del régimen jurídico administrativo-funcionarial.

d) Finalmente, tampoco cabe argumentar el pretendido "imperium" o "auctoritas" con que las Administraciones Públicas se revisten frente al administrado, para justificar la existencia del régimen jurídico administrativo que regula la relación funcionarial.

En efecto, la gran cantidad de servicios públicos que gestionan hoy día las Administraciones Públicas (107), con la consecuente masificación y proletarización (108) del personal que para ello se encuentra a su servicio, por un lado, y las estructuras de poder de los sistemas democráticos modernos, por otro, hacen que ese

"imperium" quede reservado, fundamentalmente, a las esferas de decisión política, mientras que aquella ingente cantidad de personas que presta sus servicios a las Administraciones Públicas son tan trabajadores por cuenta ajena como los de cualquier empresa privada, sin otra connotación especial, que se limitan a cumplir las órdenes y directrices que emanan de esas esferas u órganos de decisión, sin más responsabilidades que las derivadas de su cualificación profesional, al igual que las de cualquier trabajador de una empresa privada.

En definitiva la Administración Pública es una organización, como lo son las empresas privadas y otras organizaciones existentes en la sociedad de nuestro tiempo, aunque se trata de una organización fuertemente cualificada por la titularidad formal del poder (109). En la práctica, hoy día, se siguen en cualquier Administración Pública los esquemas organizativos de la empresa privada, en la que los órganos ejecutivos de decisión establecen los criterios a seguir y emiten las órdenes y directrices, que son ejecutadas por los trabajadores, organizados jerárquicamente (110), sin que por eso de apliquen distintos regímenes jurídicos para regular las diversas relaciones de trabajo que se desarrollan en la empresa, en función del trabajo que

realiza cada trabajador, o del grupo profesional o escala jerárquica a que pertenece, o de cualquier otra circunstancia, sino que, por el contrario, es la normativa laboral la que regula las condiciones mínimas de trabajo, comunes a toda relación laboral que se desarrolla en esa empresa.

Pues bien, lo mismo sucede en las Administraciones Públicas, en su calidad de empleadoras, esto es, desde una perspectiva estrictamente laboral, pero con la única diferencia de que a los trabajadores de las mismas se les aplica dos clases de regímenes jurídicos -administrativo-funcionarial y laboral- para regular su relación de trabajo, en función de la calificación jurídica que, arbitrariamente, la Administración Pública, de forma unilateral, decide otorgar a cada relación de trabajo, según sus intereses coyunturales concretos que, en general, suelen obedecer a razones extralaborales de carácter político. Pero en lo demás, prácticamente, no existen diferencias organizativas respecto del esquema general descrito de una empresa privada.

En este sentido, podemos concretar el nivel administrativo de esas esferas en las que se toman las decisiones en las Administraciones Públicas en aquellos

puestos actuales de Dirección General o asimilados hacia arriba (111), es decir, aquellos puestos para los que la única condición exigible a sus titulares es que gocen de la confianza del poder ejecutivo que los nombra, sin que se encuentren vinculados con las Administraciones Públicas por una relación de trabajo y, en consecuencia, no se rigen, en este aspecto específicamente laboral, por el Derecho Administrativo ni por el Derecho Laboral, sino que su vinculación es de carácter exclusivamente político (112).

En cambio, los puestos de Subdirección General o asimilados hacia abajo se cubren con personas que acceden a los mismos en virtud de una previa vinculación jurídica de trabajo -administrativo-funcionarial o laboral- con las Administraciones Públicas, como requisito necesario para ello, y que, salvo excepciones, como veremos a continuación, se limitan a ejecutar las órdenes y directrices de los primeros, careciendo, asimismo, de potestades exorbitantes frente al administrado, lo que no quiere decir, evidentemente, que carezcan absolutamente de iniciativa para cumplir esas decisiones, esto es, que a su vez no puedan tomar subdecisiones organizativas, meramente de trámite, para ejecutar aquéllas y, en consecuencia, que no tengan responsabilidad alguna en el cumplimiento de aquellas decisiones, sino que, por el

contrario, cada uno asume su propia responsabilidad, que puede graduarse, lo mismo que sucede en cualquier empresa privada, en distintos niveles, en función de la situación jerárquica del puesto de trabajo desempeñado en el organigrama general de la Administración Pública concreta, así como de las competencias que a ese puesto de trabajo le están asignadas.

Y ello con independencia de que, sobre todo en las escalas jerárquicas superiores de este último colectivo, pueda haber un pequeño número de estos trabajadores públicos investidos de "imperium", con más o menos cuota de participación de poder decisorio, según sea el puesto que desempeñen, y, en este caso, coexistan en los mismos, paralelamente y perfectamente sincronizadas, la relación de servicio que, como relación laboral que es, se regirá por el estatuto de los trabajadores (artículo 35.2 de la Constitución), y la relación orgánica que, por ser administrativa, se regirá por el estatuto de los funcionarios públicos (artículo 103.3 de la Constitución).

Lo mismo puede suceder con otros funcionarios que ejercen funciones públicas que, si bien no son verdaderas decisiones públicas, sí son actos administrativos orgánicos, toda vez que éstos no son sólo declaraciones